

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PROCESSUAL

PRISCILLA CORREA GONÇALVES DE REZENDE

**AS CONDIÇÕES DA AÇÃO SOB A ÓTICA DO CONSTRUCTIVISMO
LÓGICO-SEMÂNTICO**

VITÓRIA
2018

PRISCILLA CORREA GONÇALVES DE REZENDE

**AS CONDIÇÕES DA AÇÃO SOB A ÓTICA DO CONSTRUCTIVISMO
LÓGICO-SEMÂNTICO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito (PPGDIR), do Departamento de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Orientador: Professor Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

R467c Rezende, Priscilla Correa Gonçalves de, 1992-
As condições da ação sob a ótica do construtivismo lógico-
semântico / Priscilla Correa Gonçalves de Rezende. – 2018.
154 f.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Legitimidade (Direito). 3. Ação judicial. 4.
Direito - Filosofia. I. Moussallem, Tárek Moysés, 1973-. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

Elaborado por Perla Rodrigues Lôbo – CRB-6 ES-527/O

PRISCILLA CORREA GONÇALVES DE REZENDE

**AS CONDIÇÕES DA AÇÃO SOB A ÓTICA DO CONSTRUCTIVISMO
LÓGICO-SEMÂNTICO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito (PPGDIR), do Departamento de Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito.

Aprovada em
_____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
(PPGDIR) - Orientador

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo
(PPGDIR)

Prof^a. Dr^a. Cristiane Mendonça
Universidade Federal do Espírito Santo
(Membro externo)

AGRADECIMENTOS

Agradecer é lembrar-se dos que caminham ao nosso lado, dividindo conosco angústias, anseios e medos, vibrando com as nossas conquistas, e multiplicando, constantemente, nossas alegrias. Meus sinceros agradecimentos a todos que me ajudaram, direta ou indiretamente, na conclusão desta importantíssima etapa da minha vida.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado, protegido e iluminado o meu caminho, fornecendo-me sabedoria, paciência e perseverança.

Aos meus pais, Roney e Jacqueline, por toda força e incentivo e por acreditarem em mim mais do que eu mesma. À minha irmã, Daniella, que está sempre ao meu lado, me apoiando e me aconselhando. Aos meus avós Lily, Edgar, Cleuza e Wellington (*In memoriam*), por vibrarem diante de cada conquista minha.

Ao Jhonatan, pelo apoio, amor, cumplicidade, e, sobretudo, por tornar os meus sonhos os seus.

Aos professores e mestres do PPGDIR com os quais eu cruzei durante estes dois anos, essenciais para o meu amadurecimento acadêmico e pessoal. Em especial ao meu orientador, professor Tárek Moysés Moussallem, pelos preciosos ensinamentos durante a orientação e em sala de aula, e por ter me revelado uma Ciência do Direito apaixonante desde o segundo período da graduação.

Aos membros da banca, Cristiane Mendonça e Marcelo Abelha, professores que também colaboram com a minha formação acadêmica desde a graduação, pela atenção dispensada e aceite ao convite, de maneira a enriquecer esse trabalho.

À Michelle, peça essencial nesta trajetória, pelo ombro amigo, pelas contribuições com a minha pesquisa e por sempre torcer pelo meu sucesso. Ao restante da minha torcida organizada: Janaína, Nayara, Larissa e Darlayt.

Aos meus colegas de mestrado, pelos instigantes debates jurídicos.

Aos funcionários do PPGDIR, por mostrarem-se sempre solícitos e compreensivos.

À Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação no Espírito Santo (FAPES), pelo apoio financeiro.

“O rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência.”

(Norberto Bobbio)

RESUMO

Não há como transmitir conhecimento sem a linguagem. Consequentemente, a linguagem é imprescindível para a construção de qualquer ciência, dentre elas a Ciência do Direito, cujo objeto de estudos é também fenômeno linguístico: o direito positivo. Com isto em vista, e, considerando a dissonância doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, a dissertação se dedica a definir *condições da ação* e a identificar a natureza jurídica do interesse de agir e da legitimidade para a causa, nos ditames do Código de Processo Civil de 2015. Pretende-se estabelecer um paralelo entre o mérito, o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e a teoria da asserção, para que se possa determinar em qual modalidade se enquadra a coisa julgada que opera sobre as decisões que tratam tais questões. Para tanto, preocupa-se com os termos da linguagem, consoante esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem transmitida, com a organização sintática da frase e com o conteúdo das palavras, almejando-se coerência no discurso científico. Destarte, afirma-se que a abordagem será sob a ótica do construtivismo lógico-semântico. O tema é desenvolvido com fulcro em conceitos da teoria geral do direito, tais como a noção de sistema, norma jurídica, norma jurídica primária, norma jurídica secundária, relação jurídica material, relação jurídica processual. A pesquisa é voltada ao Código de Processo Civil de 2015, sem se esquecer de pontuar as alterações redacionais ocorridas referentes às condições da ação em relação ao diploma pretérito. A questão ganha relevantes contornos diante da análise de julgados exarados pelos diversos tribunais brasileiros sobre o assunto.

Palavras-chave: construtivismo lógico-semântico, processo civil, condições da ação, interesse de agir, legitimidade para a causa.

ABSTRACT

There is no way to convey knowledge without language. Therefore, language is indispensable for the construction of any science, such as the Law Science, whose object of study is also a linguistic phenomenon: the positive law. With that in mind, and considering the doctrinal and jurisprudential dissonance regarding the subject, this master's thesis is dedicated to define *conditions of action* and to identify the legal nature of interest to claim and legal standing, according to the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. It is intended to establish a parallel between the merit, the interest to claim, the legal standing and the assertion theory, so that it can be determined in which modality fits a *res judicata* that takes place on the decisions that mention these questions. For this, the approach concerns about the terms of language, according to logical schemes that bring consistency to the message transmitted, with the syntactic organization of the sentence and with the content of the words, aiming at coherence in the scientific discourse. That is why the perspective will be from the angle of the logical-semantic constructivism. The theme is developed with concepts extracted from the General Theory of Law, such as the notion of system, legal norm, primary legal norm, secondary legal norm, material legal relationship, procedural legal relationship. The research is focused on the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, not forgetting to punctuate the writing changes that occurred regarding the conditions of the action in comparison to the previous law. The issue acquires relevant contours on the analysis of judgments drawn by the various Brazilian courts about the subject.

Key words: logical-semantic constructivism, civil procedure, conditions of action, interest to claim, legal standing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CONSIDERAÇÕES GERAIS	12
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	14
ADERÊNCIA AO PROGRAMA	15
JUSTIFICAÇÃO DA LINHA DE PESQUISA	15
 1 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS E JURÍDICAS	17
1.1 O GIRO-LINGUÍSTICO	18
1.2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A SEMIÓTICA	20
1.3 A LINGUAGEM DO DIREITO POSITIVO E A DA CIÊNCIA DO DIREITO	23
1.4 AS PECULIARIDADES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO.....	26
1.5 O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO.....	29
 2 O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO, A NORMA JURÍDICA E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO PROCESSO.....	33
2.1 O CONCEITO DE <i>SISTEMA</i>	33
2.2 CLASSIFICAÇÃO DE SISTEMAS	34
2.3 O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E O SISTEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO.....	36
2.3.1 O sistema do direito positivo e o ordenamento jurídico: uma breve diferenciação	39
2.3.2 Os planos da linguagem do sistema do direito positivo.....	40
2.3.3 A unidade e a unicidade no sistema do direito positivo	40
2.4 O CONCEITO DE <i>NORMA JURÍDICA (LATO SENSU E STRICTO SENSU)</i>	44
2.5 A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA <i>STRICTO SENSU</i>	47
2.5.1 Homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica e pragmática	50
2.6 NORMAS PRIMÁRIAS E NORMAS SECUNDÁRIAS.....	51
2.6.1 Sanção: termo plurissignificativo.....	52
2.6.2 A estrutura da norma completa	54
2.7 A PRODUÇÃO DA NORMA JURÍDICA <i>LATO SENSU</i>	55

2.7.1 Normas de conduta e normas de produção normativa.....	57
2.7.2 Normas secundárias vinculadas às normas de produção normativa	59
2.8 NORMAS ABSTRATAS, CONCRETAS, GERAIS E INDIVIDUAIS	60
2.9 A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....	63
 3 ESTABELECENDO ALGUNS CONCEITOS: AÇÃO E CONDIÇÃO DA AÇÃO.....	68
3.1 TEORIAS DA AÇÃO: NOÇÕES BÁSICAS	69
3.1.1 A ação para os processualistas contemporâneos	74
3.2 A POLISSEMIA QUE REGE O SIGNO AÇÃO.....	77
3.2.1 Ação-norma abstrata e geral, ação-norma concreta e individual ..	78
3.2.2 Ação e processo	80
3.2.3 Ação e mérito: breves considerações	82
3.2.4 O signo ação no ordenamento jurídico brasileiro	84
3.3 A ENUNCIAÇÃO DA AÇÃO-NORMA CONCRETA E INDIVIDUAL	87
3.3.1 A petição inicial como fato jurídico processual.....	89
3.4 O QUE É CONDIÇÃO DA AÇÃO?.....	93
3.5 O PROTOCOLO DA PETIÇÃO INICIAL COMO ÚNICA CONDIÇÃO DA AÇÃO	95
 4 O INTERESSE DE AGIR E A LEGITIMIDADE AD CAUSAM: CONDIÇÕES PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.....	98
4.1 O INTERESSE DE AGIR, A LEGITIMIDADE AD CAUSAM E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO	98
4.2 O MÉRITO-RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E O MÉRITO-PEDIDO .	103
4.3 O INTERESSE DE AGIR E A LEGITIMIDADE AD CAUSAM COMO MÉRITO-RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL	111
4.4 A TEORIA DA ASSERÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA A DECISÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO SOBRE O INTERESSE E A LEGITIMIDADE..	115
4.5 UMA DECISÃO QUE FAZ COISA JULGADA.....	119
 5 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	127

5.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DENTRO DO INTERESSE DE AGIR.....	129
5.2 O MOMENTO DE APRECIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: INCONGRUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÇÃO.....	132
5.3 A COISA JULGADA DIANTE DE DECISÃO TERMINATIVA.....	139
5.4 A ILEGITIMIDADE PARA A CAUSA E O INTERESSE DE AGIR APÓS O CPC/15.....	141
CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS.....	148

INTRODUÇÃO

CONSIDERAÇÕES GERAIS

O direito, seja como objeto de estudo ou estudo do objeto, é fenômeno linguístico, pois se manifesta essencialmente por palavras que, juntas, formam frases e expressões repletas de sentido. Assim, é viabilizado o intercâmbio de informações e conhecimentos humanos. Uma linguagem defeituosa é alarmante, uma vez que pode proporcionar um quadro distorcido da mensagem que se pretende transmitir.

Acontece que, no âmbito do direito processual civil, percebe-se a falta de uma reflexão mais apurada e de uma análise rigorosa sobre os termos linguísticos que formam institutos processuais capitais, o que acaba por levantar dúvidas, gerar incongruências doutrinárias e jurisprudenciais, situação evidente no caso das denominadas *condições da ação* e seus respectivos elementos atribuídos pelos juristas: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*.

Este trabalho procurar chamar a atenção dos leitores a alguns dos problemas que regem as condições da ação, uma vez que um mesmo fenômeno jurídico tratado de modo distinto pelos órgãos julgadores pode levar a decisões díspares: ora sem resolução do mérito, ora com resolução do mérito, de modo que o seu trânsito em julgado ora pode fazer coisa julgada formal, ora material, possibilitando ou não a repositura da ação ou o manejo de ação rescisória.

Com a sobrevinda do Código de Processo Civil de 2015, os debates acaloraram-se. Isso porque o Código de Processo Civil de 1973 previa que haveria extinção do processo sem resolução de mérito quando não estivessem presentes as condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual. O Código de Processo Civil atual, por sua vez, aduz que não haverá resolução de mérito quando verificada a ausência de legitimidade ou de interesse processual. Notam-se duas alterações principais: o desuso das expressões *condições da ação* e *possibilidade jurídica do pedido*, circunstância que permite discutir se permanece implicitamente a categoria *condições da ação* em nosso sistema ou se estariam tais elementos abarcados pelos pressupostos processuais, bem como se a *possibilidade jurídica do pedido* estaria agora inserida no mérito ou permaneceria como elemento de admissibilidade.

Acontece que, desde antes do Código de Processo Civil de 2015, o Poder Judiciário se mostra instável quando o assunto são as condições da ação, de modo que defini-las em nosso sistema jurídico é procurar alcançar uma uniformização das decisões judiciais cada vez maior. Somando-se isso ao fato de que é um tema pouco explorado nos ditames da metodologia aqui proposta, é possível notar a relevância temática da presente dissertação.

O problema do tratamento díspar pelos magistrados acerca do tema seria mitigado se fornecido rigor linguístico, em razão das ambiguidades, vaguidades e cargas emotivas que as palavras carregam. Enxergar o direito como fenômeno linguístico não só facilita a compreensão dos fenômenos jurídicos como traz coerência na aplicação legal, almejando-se a segurança jurídica e a credibilidade do Judiciário. Igualmente, entender o nosso objeto de estudos (direito positivo) como um sistema cuja Constituição Federal é o cume e o fundamento de validade de todas as demais normas e que todos os elementos desse sistema (normas jurídicas) possuem uma estrutura lógico-sintática uniforme é crucial para enquadrar as condições da ação em nosso ordenamento.

O trabalho está dividido em cinco capítulos. No primeiro, busca-se estabelecer as premissas epistemológicas e jurídicas sobre as quais se pauta a pesquisa, demonstrando-se a relação intrínseca entre a linguagem e o direito, diferenciando as estruturas linguísticas do objeto de estudos em relação à Ciência do Direito e pontuando o corte metodológico e método adotados. Em seguida, no segundo capítulo, são abordados alguns conceitos lógico-jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do tema central, tais como: sistema, norma jurídica, norma jurídica primária, norma jurídica secundária, relação jurídica material, relação jurídica processual.

O cerne da pesquisa é tentar solucionar os seguintes problemas: o interesse de agir e a legitimidade processual enquadram-se na categoria “condições da ação”? Se negativo, indaga-se: (i) qual é a natureza jurídica destes institutos? (ii) existe algum outro elemento que se enquadra em tal categoria? Para tanto, pretende-se estabelecer o conceito de *condição da ação*, e não se define *condição da ação* sem

antes determinar o conceito de *ação*. Ocorre que a *ação* é termo polissêmico, de modo que os seus possíveis significados devem ser diferenciados com cautela.

No capítulo 3, vemos que as acepções da palavra estão atreladas às teorias da ação que se sucedem no tempo, cabendo ao cientista formular um conceito o mais preciso possível, com menos vícios de linguagem, para que o seu objeto de estudos esteja delimitado e, então, seja mais bem compreendido e estudado. Assim, será possível responder se há algum elemento que se pode denominar de *condição da ação*.

O capítulo seguinte visa estabelecer a natureza jurídica do interesse de agir e da legitimidade *ad causam* ao traçar um paralelo entre eles e o conceito de *mérito* em conjunto com a teoria da asserção, a fim de determinar se consistem em condições de admissibilidade do mérito ou se integram o próprio mérito. Com isso, será oportuno determinar em qual modalidade se enquadra a coisa julgada que opera sobre as decisões que julgam o interesse e a legitimidade. Ao inserir tais categorias na estrutura normativa formal, pretende-se desvendar (ou mitigar) os problemas que regem as chamadas *condições da ação*; tudo isso considerando os novos moldes instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, o último capítulo aborda o tratamento dado pelos tribunais brasileiros acerca das *condições da ação*, revelando dissonâncias e contradições dentro do Poder Judiciário a respeito do assunto. Para tanto, é utilizada pesquisa jurisprudencial eletrônica, aplicando-se, na prática, os conceitos até então desenvolvidos.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Apesar de ser um tema de conclusões um tanto inovadoras, a fim de responder às questões levantadas este trabalho segue uma matriz hermenêutico-filosófica, partindo da compreensão do objeto proposto e sua respectiva análise. Para tanto, utiliza-se bibliografia pátria e estrangeira, artigos e periódicos científicos que abordam alguns aspectos propostos, além de análise jurisprudencial, proporcionando o devido aprofundamento.

O estudo desenvolve-se de forma crítico-dialética, buscando indagar e desconstruir epistemologicamente alguns posicionamentos em relação ao objeto de estudos que prevalecem na doutrina. Isso porque propõe amarrar os termos da linguagem, consoante esquemas lógicos que forneçam clareza na comunicação e uniformidade na aplicação normativa. Este objetivo será alcançado pela cautela com o arranjo sintático das palavras, sem deixar de lado o plano do conteúdo (semântico), de modo que são elegidas as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação. Por isso, diz-se que a abordagem será sob a ótica do constructivismo lógico-semântico.

ADERÊNCIA AO PROGRAMA

Por se tratar de análise das condições da ação, do interesse de agir, da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido, este é um tema que se insere no âmbito do direito processual civil, estando abarcado pelo Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Insere-se, igualmente, na Área de Concentração do Programa de Pós-Graduação, recém ampliada, por recomendação da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior), para Justiça, Processo e Constituição, conforme Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES.

JUSTIFICAÇÃO DA LINHA DE PESQUISA

Esta dissertação encontra-se fundamentada na linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da UFES intitulada “Justiça, Meios de Defesa e Impugnação de Decisões Judiciais”, à qual pertence o orientador Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem. Dita linha de pesquisa visa identificar os entraves teóricos e práticos existentes no Poder Judiciário para a realização da justiça, bem como estudar o fenômeno da judicialização dos conflitos que colocam o Judiciário como elemento primordial na realização do Direito.

De igual maneira, o estudo pretende demonstrar que os problemas atinentes à imprecisão linguística e, conseqüentemente, à identificação da natureza jurídica dos institutos da condição da ação, do interesse de agir, da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido resultam em disparidade das decisões judiciais,

impedindo a realização da justiça pelas decisões judiciais (verdadeiras normas jurídicas).

1 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS E JURÍDICAS

O direito positivo é produto do homem, resultado da interação deste com o mundo circundante, por isso é um objeto cultural. Objeto cultural nada mais é do que o foco temático das ciências culturais, em contraposição à natureza, que é o objeto de estudos das ciências naturais. Sendo assim, por meio do sistema de referência no qual se apresenta o cientista é possível identificar o seu objeto de estudos. Justamente por sofrer ação do homem ao ser por ele criado para regulamentar as condutas intersubjetivas, o direito positivo é objeto cultural, segregado da natureza.

O direito positivo recolhe eventos do mundo natural que sejam relevantes para ele, revestindo-os de jurisdição. Nesta senda, explica Tárek Moussallem:

O alçar os acontecimentos do mundo do ser ao domínio do dever-ser requer ato de valoração. Realiza-se ato de valoração não só quando se seleciona fatos que o direito pretende regulamentar ou quando se constrói a relação de imputação, mas também quando se efetiva o ato de aplicação do direito, quando se recorta do mundo natural ou social aquele acontecimento juridicamente relevante.¹

Também por ser objeto cultural, o direito positivo ocorre em determinado espaço e tempo, levando em consideração a cultura social, política, econômica, histórica e religiosa em que está inserido, motivo pelo qual sofre alterações ao longo do tempo e varia consideravelmente entre as nações.

Ocorre que não há como falar em fato cultural e, por conseguinte, em direito, sem falar em linguagem, uma vez que todo fenômeno cultural é também fenômeno da comunicação, e comunicação requer linguagem. Assim, um objeto cultural é uma prática significativa, ou seja, prática de produção de linguagem e sentido.²

Não há dúvidas, pois, que a linguagem é requisito para a existência do direito positivo. Outrossim, ela também é imprescindível para a elaboração de qualquer ciência (como a ciência que estuda o direito positivo), concepção que ganhou força, sobretudo, com um novo viés filosófico que, em meados do século passado, passou a considerar a linguagem como pressuposto por excelência do conhecimento a partir do *giro-linguístico*. Com tais premissas iniciamos este trabalho, destacando o papel

¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005; p. 52.

² SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993; p. 14.

da linguagem no direito (como objeto de estudo e como estudo do objeto) e os respectivos efeitos dessa relação.

1.1 O GIRO-LINGUÍSTICO

Desde o *Crátilo* de Platão, a Filosofia baseava-se na ideia de que havia intrínseca ligação entre o direito e a realidade. “O conhecimento era concebido como a reprodução intelectual do real, sendo a verdade resultado da correspondência entre tal reprodução e o objeto referido”³. A linguagem era tida como um reflexo, uma cópia do mundo, sendo considerada como instrumento secundário do conhecimento.

Em meados do século passado, com a publicação da obra *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, teve início o chamado *giro-linguístico*, quando a *filosofia da consciência* passou a dar lugar à chamada *filosofia da linguagem*. A linguagem deixa de ser mero instrumento de comunicação de um conhecimento e passa a constituir o próprio conhecimento. Agora, prevalece a independência da linguagem em relação ao objeto sobre o qual ela se refere, pois a linguagem constrói sua própria realidade.

Deparamo-nos, aqui, com duas “realidades”: a física (ou social) e a criada pela linguagem. A realidade física ou social se esvai no espaço e no tempo, podendo ser reconstruída por meio da linguagem, mas existe independentemente desta. A linguagem, por sua vez, é emitida pelo sujeito cognoscente que, diante dos dados naturais, cria uma nova realidade, uma versão própria sobre a realidade física. “Os eventos não provam nada, simplesmente porque não falam. Sempre uma linguagem deverá resgatá-los para que eles efetivamente existam no universo humano”⁴. A verdade, então, é criada pelo homem por meio da linguagem.

Formada por signos estruturalmente organizados de forma a produzir um sentido, a linguagem não passa de uma convenção arbitrária feita pelo homem para representar o mundo físico. É nesse sentido que se afirma que não há verdades absolutas ou objetivas, pois o que é verdadeiro hoje está vinculado ao contexto e

³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 14.

⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 3.

valores imbuídos no sujeito cognoscente emissor da linguagem, que habita um mundo cultural. No ponto, Guibourg afirma:

Cuando aprendemos el nombre de una cosa, entonces, no aprendemos algo acerca de la cosa, sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo: el que habla el idioma donde ese nombre corresponde a esa cosa. Estas costumbres pueden cambiar, y de hecho cambian muy a menudo a través del tiempo.⁵

Em outros termos, as verdades são meras versões, isto é, interpretações do mundo físico/social e que, por não corresponderem, efetivamente, ao objeto, são mutáveis no tempo, conforme o aprimoramento das versões no mundo cultural em que se encontra o sujeito cognoscente⁶. Destarte, “mesmo no caso em que se divulga uma ideia científica incorreta, ninguém sabe que ela é incorreta; e quando se chega a ideia correta, ela é apresentada como uma nova descoberta e a velha ideia é simplesmente esquecida”⁷.

Cabe lembrar que o dado físico/social existe independente da linguagem, todavia, é somente por esta que podemos conhecê-lo. Nessa linha do giro-linguístico emanou o chamado Neopositivismo Lógico, corrente de pensamento que ganhou força em Viena, onde filósofos e cientistas discutiam a natureza do conhecimento científico. Consideraram a linguagem como instrumento por excelência do saber científico, tendo chegado a conclusões como: “compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão linguística não poderá haver Ciência.”⁸

Tal aferição dos neopositivistas lógicos se deu ao notarem que inexistia conhecimento na simples experiência. A linguagem permite a comunicação e o conhecimento acerca do objeto. Nesse viés, destaca o doutor capixaba Tárek

⁵ Quando aprendemos o nome de uma coisa, então, não aprendemos algo sobre a coisa, mas sobre os costumes linguísticos de certo grupo ou povo: o que fala o idioma em que este nome corresponde a esta coisa. Estes costumes podem mudar, e de fato mudam com muita frequência ao longo do tempo. [Tradução nossa]. GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Ricardo V.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993; p. 34.

⁶ Neste sentido, também leciona Ferraz Junior (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008; p. 236): “A realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social”.

⁷ HELLMAN, Hal. *Grandes debates da ciência: dez das maiores contendas de todos os tempos*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 1998; p. 14.

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008; p. 21.

Moussallem: “O mundo circundante é constituído pela linguagem porque esta se encontra inevitavelmente atrelada ao conhecimento.”⁹

O conhecimento, nas palavras do autor, é um “fato complexo dentro de um processo comunicacional”, que se dá por meio da “relação entre linguagens-significações”¹⁰. São elas: (i) a linguagem do sujeito cognoscente, (ii) a linguagem do sujeito destinatário sobre a (iii) linguagem do objeto-enunciado.

Ao permitir a comunicação e, paralelamente, a troca de conhecimentos entre sujeito emissor e destinatário sobre o objeto estudado, a linguagem torna-se imprescindível para a construção de qualquer ciência. Na Ciência do Direito, a essencialidade da linguagem se torna ainda mais evidente, considerando que este ramo científico estuda a própria linguagem, isto é, o direito positivo e as normas que o compõem.

1.2 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A SEMIÓTICA

A interação comunicacional, essencial para a formação de qualquer conhecimento, se dá pela transmissão de uma mensagem de um remetente a um destinatário. Roman Jakobson descreve a existência de seis elementos no *iter* comunicacional, são eles: (i) remetente, (ii) mensagem, (iii) destinatário, (iv) contexto, (v) código, (vi) canal físico. Nas palavras do autor:

O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz, a mensagem requer um contexto a que se refere (ou “referente”, em outra nomenclatura algo ambígua), apreensível pelo destinatário, e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um código total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário (ou, em outras palavras, ao codificador e ao decodificador da mensagem); e, finalmente, um contacto, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrarem e permanecerem em comunicação.¹¹

Repare que a transmissão eficaz de uma mensagem, então, só é viabilizada pelos signos. A Semiótica, apresentada nos tempos contemporâneos por Charles Sanders Peirce e Ferdinand Saussure¹², é a disciplina que estuda os signos no seio da

⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 7.

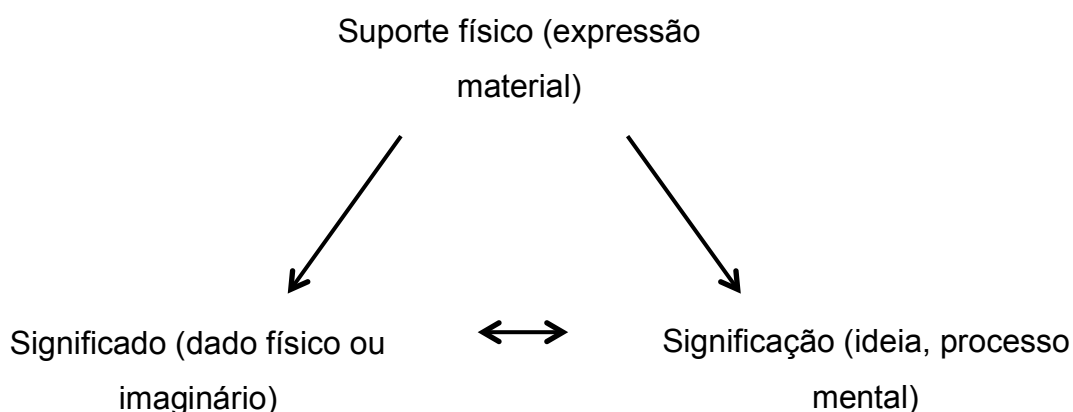
¹⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 5.

¹¹ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 24ª ed. São Paulo: Cultrix, 2007; p. 82.

¹² Os filósofos francês (Saussure) e americano (Peirce), quase simultaneamente, fundaram ciências independentes que tinham como objeto os signos; para aquele a Semiologia, para este a Semiótica. “De caráter mais acentuadamente filosófica, a teoria de Peirce teve, desde o início, o mesmo campo

sociedade. E o que são signos? Adotando-se as terminologias de Edmund Husserl¹³, o signo tem o *status* lógico de relação entre (i) um suporte físico, (ii) um significado e (iii) uma significação¹⁴.

O suporte físico é a expressão material do signo, com o qual temos contato fisicamente. Em se tratando de linguagem idiomática, consiste nas palavras ditas ou escritas. O suporte físico refere-se a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou pretérita, ou seja, seu significado, e faz surgir em nossa mente uma noção individual, um pensamento ou uma ideia, chamada significação.¹⁵ Assim, temos o triângulo semiótico:



De maneira didática, disserta Aurora Tomazini:

A palavra “gato”, por exemplo, é um signo. As marcas de tinta “G A T O” gravadas no papel é o seu *suporte físico*. Este suporte físico refere-se a uma realidade individualizada, por nós conhecida como “um mamífero, domesticado, da espécie dos felinos” – seu *significado*. E, suscita na mente de quem o lê e o interpreta um conceito (ideia), variável de pessoa para pessoa, de acordo com os valores inerentes a cada um, que é a sua *significação*.

objetal que a Semiologia de Saussure, razão por que a maioria dos autores emprega os dois nomes como sinônimos para designar a teoria geral dos signos” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008; p. 36).

¹³ HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 2ª ed. Trad. de Márcio Suzuki. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2006.

¹⁴ Não há uniformidade quanto à denominação dos elementos dos signos na doutrina. Umberto Eco, em sua obra *Signo*, por exemplo, utiliza-se de significado, referente e significante para tratar de significado, significação e suporte físico, respectivamente.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008; p. 33 e 34.

A relação entre o suporte físico e o significado exposta por Charles S. Peirce distingue o gênero signo em três espécies: índice, ícone e símbolo. Como o objeto do presente trabalho é o direito positivo, interessa-nos tão somente a espécie símbolo, signo cujo suporte físico é arbitrariamente construído e não guarda qualquer ligação com o objeto que ele significa, sendo o maior exemplo as palavras. As palavras são convenções dos sujeitos para representar o mundo físico. São concepções pactuadas, que se tornam convencionais pelos usuários da linguagem. É tanto que um mesmo objeto pode ter vários “nomes” atribuídos, conforme o idioma a que se refere. De igual maneira, uma mesma palavra pode referir-se a elementos distintos, no caso dos sinônimos. Como ensina John Hospers, as palavras são signos arbitrários que se tornam signos convencionais uma vez que tenham sido adotados pelos usuários da língua¹⁶.

Paulo de Barros Carvalho, com base nos estudos dos americanos Peirce e Charles Morris, destaca que sistemas sîgnicos como o direito positivo podem ser analisados sob três planos: o sintático, o semântico e o pragmático.¹⁷

O plano sintático é aquele que estuda a relação do signo com os demais de um sistema. A gramática de um idioma representa bem essa situação, uma vez que as regras de sintaxe regem a relação entre as palavras. Dessa forma, torna-se possível a formulação coerente de frases por parte do emissor e sua compreensão por parte do receptor. Nota-se, pois, que a sintática não se atém ao significado das palavras que compõem o sistema, mas sim à relação entre elas (relação signo-signo).

Já a análise semântica refere-se à ligação entre o signo (suporte físico) e o que ele representa no mundo factual: há a busca do significado (relação signo-significado). Trabalha-se com as definições. O termo *cadeira*, por exemplo, significa certo objeto utilizado para sentar-se.

¹⁶ No original: “son signos arbitrarios [...] que se convierten en signos convencionales una vez que los han adoptado los usuarios del lenguaje”. (HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Alianza: Madrid, 1984; p.17).

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008; p. 36 e 37.

Por fim, o último, o plano pragmático. Nele se examina a relação do signo com os utentes da linguagem (emissor e destinatário). A pragmática é essencial para que a comunicação atinja seu objetivo, ou seja, para que o destinatário compreenda a intenção do emissor ao proferir determinado enunciado. Sem ele a sintática e a semântica não teriam razão de ser.

A compreensão dessas nuances da Semiótica é basilar, considerando que o presente trabalho não deixa de ser uma expressão linguística de uma outra linguagem (linguagem-objeto), o direito positivo. E, para que possamos interpretar o objeto de estudos de forma eficaz, é preciso identificar as interações sógnicas dos elementos que o compõem dentro dos planos da linguagem, o que será feito em momento oportuno.

1.3 A LINGUAGEM DO DIREITO POSITIVO E A DA CIÊNCIA DO DIREITO

O mundo fático e o mundo jurídico operam de maneira similar: aos fatos vinculam-se efeitos. No fático, a vinculação entre fatos e efeitos se dá pela causalidade física (ou natural); no jurídico, a vinculação se dá pela causalidade jurídica (imputação).

O mundo jurídico é produto do intelecto humano, denominado de *mundo do dever-ser* por dois motivos. O primeiro porque é um mundo situado no plano das ideias, em contraposição ao mundo natural (*mundo do ser*) que é constituído pela realidade sensível. A segunda razão se dá porque o mundo jurídico busca ajustar a conduta humana na sua interferência intersubjetiva, ou seja, a sua finalidade acaba sendo modificar o mundo fático mediante regras imperativas dirigidas às ações humanas. No mesmo sentido, resume Alexandre Senra:

A assertiva de que o mundo jurídico é mundo do dever-ser comporta 02 (duas) significações, conforme tenha-se em vista: (a) o ser do mundo do dever-ser (= ser do mundo jurídico); (b) o dever-ser do mundo do ser (= dever-ser do mundo fático). O mundo jurídico é, digamos assim, duplamente (= em dois sentidos distintos) “mundo do dever-ser”.¹⁸

Como o homem só conhece os fatos por meio da linguagem, ambos os mundos são constituídos por proposições. Sendo assim, mesmo a causalidade natural não se encontra no mundo fenomênico, mas apenas aparece no momento em que os

¹⁸ SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017; p. 30.

acontecimentos físicos de causa e efeito são pensados (ou seja, revestidos em linguagem).

Nos dois mundos, uma proposição causa (antecedente) se liga a uma proposição de efeito (consequente). Ocorre que as proposições no mundo do ser são descritivas, por dizerem como os fenômenos são, como eles ocorrem; ao passo que, no mundo do dever-ser, o vínculo implicacional presente em suas relações de causa e efeito revela uma linguagem na função prescritiva, prescrevendo como as condutas intersubjetivas devem ser (e não descrevendo como elas são).

Nessa dicotomia podemos encontrar o termo *direito*. Trata-se de palavra que comporta uma série de acepções, como destaca Carlos Santiago Nino, que, ao tentar defini-la, menciona três problemas dela: a ambiguidade, a vaguidade e a carga emotiva¹⁹. Dentre os diversos significados para *direito* nos ateremos a dois: o direito positivo e a Ciência do Direito.

A Ciência do Direito estuda o direito positivo, descreve como ele é, como ele ocorre, pertencendo, pois, ao mundo do ser. Já o direito positivo é o objeto de estudos da Ciência do Direito, e, por regular condutas humanas de determinada sociedade, seus enunciados encontram-se na função prescritiva. Ressaltamos que tais funções linguísticas são as que prevalecem, sendo possível o aparecimento de outras funções em enunciados da Ciência do Direito ou do direito positivo, caso em que serão apenas instrumentos para a implementação de cada ramo. Assim, a função primordial do direito positivo é a prescritiva e a da Ciência do Direito é a descritiva. Na lição de Lourival Vilanova: “As normas estão no mundo do direito positivo, e as descrições de normas no nível do conhecimento jurídico”²⁰.

A distinção entre as linguagens destes dois mundos se dá pelos diferentes objetos que elas regem. Enquanto o direito positivo tem como objeto as condutas intersubjetivas, a Ciência do Direito tem como objeto a linguagem do direito positivo. Observa-se que os enunciados da Ciência operam em sobrenível ou

¹⁹ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 1997; p. 14 e 15.

²⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 29.

metalinguagem, uma vez que se trata de uma linguagem cujo objeto é uma outra linguagem (linguagem-objeto). Dessa forma, registra Tárek Moussallem:

[...] há níveis de linguagem, de tal modo que *aquela em que se fala* é chamada linguagem-objeto, ao passo que a *empregada para falar da linguagem-objeto* denomina-se metalinguagem. Assim, o direito positivo é a linguagem-objeto (Lo); a Ciência do Direito, que o descreve, será L1; a filosofia do direito será L2; uma obra crítica sobre a filosofia do direito será linguagem em nível L3, e assim por diante.²¹

Submetendo as estruturas linguísticas do direito positivo e da Ciência do Direito ao processo de formalização, pode-se notar que cada uma possui uma lógica específica. A linguagem prescritiva é estruturada pela lógica deôntica (do dever-ser)²², ao passo que a linguagem da Ciência do Direito é a apofântica (ser). Kelsen já distinguia as relações articuladoras das proposições do mundo do ser (se A é, B é) e do mundo do dever-ser (se A é, B deve ser)²³. As estruturas lógicas desses dois sistemas e suas respectivas valências são mais bem abordadas no capítulo seguinte.

Por corresponderem a “mundos distintos”, com linguagens distintas, a Ciência do Direito não modifica a sua linguagem-objeto (o direito positivo), uma vez que, para tanto, seria necessário que suas linguagens operassem sobre o mesmo nível. O cientista, pois, não cria ou altera norma jurídica, mas apenas organiza o direito positivo teoricamente, por meio de proposições jurídicas descritivas sobre enunciados prescritivos.

Diante disso é que podemos dizer que o direito positivo não adota teorias doutrinárias, de sorte que afirmar que o Código de Processo Civil adotou a teoria eclética da ação é um sério problema linguístico, uma vez que foi a Dogmática que criou a teoria eclética e não o direito positivo. As teorias doutrinárias surgem para explicar o seu objeto de estudos. Mas este se mantém inalterável diante delas, afinal, trata-se de linguagem distinta, cuja produção de enunciados ocorre somente por agentes credenciados pelo próprio direito positivo, as chamadas autoridades

²¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 21.

²² A Lógica Deôntica encontra-se hoje sistematizada, principalmente, com a obra *Deontic Logic*, de Georg Henrik von Wright, publicada em 1951.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

competentes (legislador, magistrados, particulares, membros do Executivo, dentre outros), por procedimento específico.

1.4 AS PECULIARIDADES DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Diferentemente do conhecimento comum, em que prevalece a linguagem ordinária repleta de vícios, o conhecimento científico requer uma linguagem mais rigorosa, evitando-se ao máximo as imprecisões. Vícios linguísticos, como a ambiguidade, vaguidade e carga emotiva, ocorrem justamente pelo fato de as palavras não guardarem relação natural com os dados físicos e sociais, sendo impossível eliminá-los totalmente em um discurso.

A vaguidade de uma palavra ou expressão relaciona-se com a falta de precisão em seu significado. Assim, uma palavra é vaga quando a sua aplicação é duvidosa, de modo que os dados linguísticos preexistentes não são suficientes para assegurar a aplicação da palavra e o problema só pode ser resolvido a partir de uma decisão linguística adicional. Já a ambiguidade (ou polissemia) ocorre quando pode ser atribuído mais de um significado a uma só palavra (ex.: vela, manga). É o caso de um mesmo nome estender-se a diversos elementos ou aspectos de uma mesma situação; ou ser o resultado de um acidente da evolução etimológica das palavras. A ambiguidade não exclui a vagueza; pelo contrário, é frequente que uma palavra ambígua seja também vaga em cada uma de suas acepções. Ademais, as palavras, por serem produtos humanos, transmitem emoções, valores, podendo passar uma noção equivocada de seu significado, isto é, são repletas de carga emotiva²⁴.

Esses vícios são reduzidos pelo cientista na medida em que se busca definir o objeto de estudos, por meio da explicação de conceitos que indiquem o seu significado. O conceito nada mais é do que a significação de um signo dentro de um contexto comunicacional. A definição é a explicação do conceito de uma palavra por meio de outras palavras.

Pelo fato de uma palavra ser uma convenção arbitrária estabelecida socialmente e culturalmente, sem relação nenhuma com a essência do objeto a que se refere, não

²⁴ A palavra *direito*, por exemplo, pode trazer uma ideia de algo correto, justo, adequado, por estar imbuída de carga emotiva.

podemos dizer que um conceito toca a realidade, uma vez que sempre estará ligado a uma pré-compreensão advinda de um universo cultural. Ou seja, o conceito não reproduz o objeto.

Pautado nas mesmas premissas, aduz Tárek Moussallem:

[...] o conceito é uma metalinguagem originária de uma pré-interpretação (linguagem), sob a qual o homem cria critérios de unidade e permanência nele coexistentes, a fim de tornar possível a distinção entre os Xs e os Ys, e entre os Xs e os não-Xs.²⁵

Ao exercer a atividade de definir, enuncia-se a noção ou a ideia suscitada pela palavra, e não o objeto ao qual se refere. Nesse aspecto, destaca Tárek Moussallem que toda definição é composta de duas partes: o termo a definir (*definiendum*) e a explicação do termo (*definiens*). Logo, *definir* seria uma operação lógica entre esses dois termos, em que a linguagem indicará as características definitórias da linguagem-objeto – *definiens* – para que o termo definido – *definiendum* – lhe seja aplicável.²⁶

Quanto mais detalhada a definição, menores os vícios da linguagem, tendo em vista a redução do alcance daquela palavra. Destarte:

[...] a definição tem por função delimitar o definido. De grande valor, pois, é a definição na investigação científica: ela demarca o objeto a estudar, impossibilitando o risco de se tomar um objeto por outro.²⁷

É isso que o presente trabalho propõe: cautela quanto aos termos utilizados no desenrolar do estudo, prezando pelo rigor linguístico. Visaremos, ao máximo, preservar a terminologia do legislador do Código de Processo Civil (CPC) atual; todavia, em alguns momentos, nos afastaremos da terminologia legal, considerando que, (i) por não ser linguagem científica, os vícios nela são recorrentes, não havendo tantas preocupações quanto ao rigor e precisão; (ii) não há obrigatoriedade em seguir as terminologias legais ou usualmente aceitas²⁸.

²⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 28.

²⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 39.

²⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: José Bushatsky, 1962; p. 325.

²⁸ No contexto, Nino afirma que, em razão de as palavras não corresponderem à realidade, podemos escolher qualquer símbolo para se referir a qualquer classe de coisas, de acordo com a nossa conveniência. (NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 1997; p. 12 e 13).

Além de um rigor linguístico acentuado, o conhecimento científico requer a adoção de um método e de um corte metodológico. Este delimita o objeto a ser estudado; aquele estabelece a forma de aproximação do objeto.

O mundo físico/social é complexo e infinito, cabendo ao cientista delimitar o seu campo de estudo, indicando os limites de sua atividade cognoscitiva. O corte metodológico é ato linguístico delineador da linguagem do objeto de estudo. É um ato arbitrário do cientista, que ocorre por meio de um processo de abstração e, portanto, não está sujeito a contestações. Trata-se de pressuposto epistemológico que estabelece um verdadeiro recorte no mundo natural, determinando o início e o fim do objeto de estudos, sem se preocupar com o depois deste e nem com o antes daquele.

Nesta dissertação, o objeto de estudo será o conjunto de normas jurídicas (*lato sensu*) válidas no Brasil, adotando-se como ponto inicial a Constituição Federal e como ponto final o momento da eficácia jurídica das normas na sociedade. Estudaremos a estrutura lógico-semântica do direito positivo para que se possa compreender quais são as condições da ação e como se classificam o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido nesse sistema, a fim de proporcionar uma pragmática jurídica mais eficaz.

Observa-se que, neste percurso, não nos preocuparemos com aspectos externos ao objeto como a moral, o costume ou a justiça. Não que ditos elementos sejam menos importantes do que as normas jurídicas positivadas, mas são objetos atinentes a outras ciências (filosofia, sociologia, história, psicologia, ética), diferentes da que aqui se propõe. A moral, o costume e a justiça serão relevantes se e somente se constarem nos enunciados prescritivos do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, vale trazer a reflexão do professor Tárek Moysés Moussallem:

Isso importa dizer que *cada uma das espécies de conhecimento científico desfruta de suas próprias regras de jogo*, tornando-se impossível explicar, confirmar ou infirmar enunciados da Ciência do Direito em sentido estrito (dogmática jurídica) por enunciados sociológicos, históricos ou psicológicos e vice-versa.²⁹

²⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 23.

Em relação ao método, Alchourrón e Bulygin o definem como o caminho a ser percorrido pelo cientista para a fundamentação de suas conclusões, quer dizer, os meios por ele utilizados para se aproximar do objeto.³⁰ É por tal razão que o olhar de dois cientistas sobre um mesmo objeto pode ocasionar conclusões distintas: provavelmente o método utilizado por cada um deles foi diferente. Por conseguinte, “proposições originárias de um método M1 não explicam enunciados oriundos do método M2”³¹. Para cada ciência aponta-se um método próprio, que é eleito unilateralmente pelo sujeito cognoscente.

É importante que o método adotado pelo cientista seja uniforme do início ao fim de sua pesquisa, isto é, que ele siga as regras por ele mesmo estabelecidas, a fim de que suas asserções sejam coerentes. De modo contrário, põe-se em risco a ordenação lógico-semântica de suas ideias e a própria construção de seu objeto, a ponto de podermos afirmar que sem um método não há conhecimento científico³².

Aliás, a despreocupação metodológica e a irrelevância em delimitar o objeto não são raros na doutrina jurídica, tendo em vista uma ânsia de disponibilizar uma farta quantidade de informações, o que acaba por gerar imprecisões internas, desorganização e falta de lógica nas asserções que se enuncia. Ocorre que, nestes lindes, um conhecimento científico torna-se um completo desconhecimento.

O método jurídico aqui adotado é a compreensão do direito positivo como objeto cultural que se expressa por linguagem prescritiva, com foco para a análise linguística de seus enunciados nos planos sintático, semântico e pragmático. Em suma, buscamos nos pautar nas premissas da teoria intitulada *constructivismo lógico-semântico*.

1.5 O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

A expressão *constructivismo lógico-semântico* pode ser empregada em dois sentidos: (i) a corrente doutrinária fundada nas lições de Lourival Vilanova, seguida e

³⁰ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1998; *passim*.

³¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 9.

³² Neste sentido: CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 49.

difundida pelo professor Paulo de Barros Carvalho; (ii) o método utilizado por esta escola, que pode ser empregado no conhecimento de qualquer objeto (além do direito positivo)³³.

Pode-se dizer que os primeiros passos desta corrente iniciaram-se com o jusfilósofo pernambucano Lourival Vilanova, tendo sido abraçada por Paulo de Barros Carvalho e difundida em suas diversas obras, aulas e palestras. É uma proposta que mantém íntima relação com a Teoria Comunicacional do Direito. Apesar de esta ter um viés um pouco mais filosófico, ambas concordam que a linguagem constitui a realidade (giro-linguístico), sendo a palavra a morada do ser.

Ademais, o constructivismo também ocupa-se das interações comunicacionais, ao considerar que a comunicação ocorre com a transmissão de uma mensagem de um emissor a um receptor, por um canal, por um código linguístico comum a ambos, em um contexto determinado.

Igualmente, aproxima-se dita corrente da filosofia retórica de Recife. Dentre os seus adeptos está João Maurício Adeodato, que assume que a linguagem é o único meio pelo qual temos acesso ao chamado “mundo real”³⁴. Demonstrando a conversação entre o constructivismo, a teoria comunicacional e a filosofia retórica, Paulo de Barros Carvalho, em texto intitulado “*Algo sobre o constructivismo lógico-semântico*”, tenta explicar a origem e as nuances dessa proposta metodológica, bem como a maneira como tem sido aplicada.

Explicando as razões da designação adotada, Paulo de Barros Carvalho narra que, ao perguntar ao professor Lourival Vilanova como deveria definir os trabalhos jurídico-filosóficos que vinha desenvolvendo, este respondeu: constructivismo lógico-semântico, pois “todo o empenho estaria voltado a cercar os termos do discurso, para outorgar-lhes a firmeza necessária (e possível, naturalmente), tendo em vista a

³³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 96.

³⁴ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014; p. 6 e 7.

coerência e o rigor da mensagem comunicativa”³⁵.

Destaca Paulo de Barros, porém, que isso não implicaria em desprezar o plano pragmático da linguagem e aponta três razões para ter omitido tal instância. A primeira delas é que o plano pragmático estaria implícito na designação adotada, pois junto com o sintático e o semântico, seria imprescindível no projeto semiótico, de modo que onde houvesse referência sintática e semântica estaria presente a pragmática. Em segundo lugar, fazer referências pragmáticas ainda na elaboração de um texto científico é difícil, pois é somente com a sua leitura integral pelo destinatário que a mensagem ingressa no contexto comunicativo, tornando-se aparente o plano pragmático. Por fim, excusa-se admitindo que o nome ficaria muito extenso. Tais motivos fizeram com que o autor propagasse a opção pelo termo *constructivismo lógico-semântico*.

O constructivismo lógico-semântico busca estudar o direito tendo em vista uma construção rigorosa do discurso. Ao preocupar-se com os termos da linguagem, consoante esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem transmitida, com a organização sintática da frase e com o conteúdo das palavras (significação), o método garante a uniformidade e coerência no discurso científico.

Exemplificando, no caso do tema aqui proposto, antes de classificarmos quais são as condições da ação no direito positivo pátrio, teremos que definir o signo *ação*. E, para defini-lo, será preciso estabelecer quais são as suas possíveis acepções, visto que se trata de termo polissêmico (comporta diversas significações). Aquilo que adotarmos como *ação* será exatamente o que se enquadrar em nossos critérios classificatórios, e *constructivismo* se refere exatamente ao fato de que, ao delimitar um conceito, o cientista cria aquela realidade em nível científico. Ocorre que, para se construir um conceito com credibilidade, imperioso é que os referenciais, as premissas que o fundamentam e os outros conceitos dele decorrentes estejam amarrados estrutural e significativamente a ele. No exemplo dado, não poderíamos

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: *Constructivismo lógico-semântico*. Coord.: CARVALHO, Paulo de Barros. Org.: CARVALHO, Aurora Tomazini de. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2011; p. 4. Disponível em: <[www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho\(2\).pdf](http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho(2).pdf)>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

definir *ação* como X e, em capítulos posteriores dizer que a ação é X e Y. Nesse caso, ou assumimos desde o início que *ação* é X e Y, ou esclarecemos que Y inclui-se no conceito de X. Eis o *lógico-semântico*.

2 O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO, A NORMA JURÍDICA E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO PROCESSO

As condições da ação são fenômenos jurídicos e, como tais, inserem-se no sistema do direito positivo, pressupondo a compreensão de sistema e dos elementos desse sistema: as normas jurídicas. Ademais, estando insertas no âmbito processual, é imperioso depreender as noções da relação jurídica processual e sua correlação com a relação jurídica material. Daqui seguimos.

2.1 O CONCEITO DE *SISTEMA*

A noção de sistema é basilar ao tema a ser tratado na presente dissertação, por reger o objeto de estudos. *Sistema*, porém, é um termo ambíguo, comportando uma série de acepções. Bobbio aduz que dita palavra possui “muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”³⁶. Como cientistas do direito, é imperioso precisá-la o máximo possível. Para tanto, devemos esclarecer que não encontramos *sistemas* no mundo físico esperando para serem descobertos: trata-se de uma construção linguística realizada pelo homem a fim de se aproximar dos objetos investigados. Destarte, só há que se falar em sistema no plano da linguagem³⁷.

No presente trabalho, definiremos *sistema* como um conjunto de elementos aglutinados, ordenados e que interajam entre si sob um referencial comum. Não basta haver um conjunto de objetos que apresentem características comuns: é necessário que ditos objetos estejam vinculados uns aos outros mediante relações de coordenação e subordinação. Há sistema onde há elementos, relações e uma forma dentro da qual elementos e relações se verificam³⁸. No ponto, explica Aurora Tomazini:

O conceito de “sistema”, nestes termos, é mais complexo do que as aglutinações de elementos que se combinam em razão de conotações comuns, como por exemplo, a classe dos mamíferos, dos rios, dos órgãos digestivos, dos planetas, etc. [...] É o caso [...] do sistema ferroviário de um

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997; p. 76.

³⁷ Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 44 e 45.

³⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 135.

país, que é diferente de um conjunto de suas ferrovias. A ideia de sistema implica uma estrutura, onde todas as ferrovias se interligam.³⁹

O que faz um elemento fazer parte de um conjunto ou ingressar em um sistema é o critério de pertinência. Assim, “o elemento ‘x’ pertence ao conjunto ‘y’ se, e somente se, se enquadrar no critério de pertinência posto por ‘y’ ”⁴⁰. Trata-se de uma questão sintática, ou seja, restringe-se à relação entre o signo “x” e o signo “y”. Consequentemente, não se pode afirmar que há possibilidade de contradição sintática dentro de um sistema: ou o elemento “x” pertence ao sistema “y”, ou não pertence.

Dessa forma, quando Marcelo Neves, com base nos ensinamentos de Alchourrón e Bulygin, afirma que a existência dos sistemas prescinde da coerência ou compatibilidade entre seus elementos⁴¹, tal assertiva não abarca o plano sintático (relação signo – signo). Contudo, nos planos semântico (relação signo – significado) e pragmático (relação signo – usuário) há possibilidade de contradição entre os elementos, uma vez que os sistemas, como entidades linguísticas que são, estão sempre condicionados pela cultura do homem em dado espaço e tempo.

Ressalte-se, porém, que essa possibilidade de conflito só deve ser constatada dentro de um mesmo sistema, ou seja, duas proposições só serão incoerentes caso tenham como base o mesmo referencial. Nesse contexto, conclui Tárek Moussallem: “Conflitos intersistêmicos são extralógicos, isto é, são jogos linguísticos diferentes”⁴².

2.2 CLASSIFICAÇÃO DE SISTEMAS

Partindo da classificação de sistemas por Marcelo Neves⁴³, com algumas ressalvas, podemos ter sistemas (i) reais ou empíricos; e (ii) proposicionais. Estes seriam formados por proposições, pressupondo, pois, a linguagem; aqueles envolveriam objetos do mundo físico ou social, ou seja, seriam extralinguísticos, enquadrando-se, por exemplo, o *sistema solar*, o *sistema sanguíneo*, o *sistema hidroviário*. Ocorre que “o fenômeno da tomada de consciência da reunião de elementos do mundo

³⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 139.

⁴⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 47.

⁴¹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988; p. 3.

⁴² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 45.

⁴³ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988; p. 4.

exterior, pelos sentidos, já se pressupõe a manipulação de um conjunto de signos linguísticos.”⁴⁴ Em outros termos, ao percebemos, pela intuição sensível, eventos físicos ou sociais, revesti-los-emos de linguagem. Isso porque o conhecimento se perfaz por meio da linguagem, não havendo conhecimento fora deste âmbito – a linguagem é constitutiva da realidade. Logo, todo sistema é do tipo proposicional.

Estabelecida essa ressalva, continuamos com a classificação do aludido doutrinador, em que os sistemas proposicionais se distinguem em nomológicos e nomoempíricos.

Os sistemas nomológicos são compostos de proposições analíticas, isto é, sem denotação empírica, desenvolvendo-se por meio de um processo interno de dedução.⁴⁵ É o caso da Lógica e da Matemática: ricos no plano sintático (formal), e pobres nos planos semântico (repletos de indeterminação significativa) e pragmático (impessoalidade e neutralidade axiológica).

Diversamente, os sistemas nomoempíricos apresentam proposições condicionadas à experiência e abertas ao acrescentamento de novos enunciados, ou seja, com referência empírica. Em outros termos, as suas proposições se referem (genérica ou individualmente, direta ou indiretamente) a objetos físicos/sociais. Por isso, suas dimensões semânticas e pragmáticas são tão importantes quanto a sintática.

Os sistemas nomoempíricos podem, ainda, ser classificados em: (i) nomoempíricos descritivos (ou teóricos), constituído por proposições descritivas com pretensão de veracidade, como a biologia, a economia e a ciência do direito; (ii) nomoempíricos prescritivos (ou normativos), formados por proposições prescritivas com pretensão de validade, como é o caso das regras morais, religiosas e jurídicas.

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 72.

⁴⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 21. Na página seguinte, prossegue o autor esclarecendo que essa prevalência do plano sintático não torna a linguagem lógica ausente de conteúdo ou significado: ela é significativa, quer denotar algo por meio de “símbolos”, mas de conteúdo reduzido.

Assim, considerando as ambiguidades que regem o termo *direito*, podemos adequá-lo a duas espécies de sistema: (i) o sistema do direito positivo; (ii) o sistema da Ciência do Direito.

2.3 O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E O SISTEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Após análise das linguagens em que se operam o direito positivo e a Ciência do Direito em capítulo anterior, foi possível aferir que cada um desses institutos compõe um foro sistemático distinto.

A Ciência do Direito é constituída de proposições descritivas, ao descrever a linguagem-objeto ou o direito positivo, que, por sua vez, reveste-se de proposições prescritivas (normas jurídicas *lato sensu*). Assim, a Ciência do Direito é um sistema nomoempírico descritivo, ao passo que o direito positivo se trata de sistema nomoempírico prescritivo. Importante ressaltar que

Apesar [...] de constituírem-se como sistemas autônomos, eles mantêm estreita relação um com o outro e com o sistema social, isto é, com o conjunto de todas as outras comunicações que formam seu ambiente.⁴⁶

Admitindo essa relação entre os sistemas, precisamos frisar mais uma vez que, por consistirem em sistemas distintos, a linguagem do direito positivo e a da Ciência do Direito não se tocam: os enunciados desta se estruturam em “S é P”, e os daquela se traduzem em “Se S, então *deve ser* P”. É por isso que um sistema não altera o outro, e mesmo que o cientista, ao descrever o direito positivo, aponte eventuais falhas do legislador ou supostas inconstitucionalidades ainda não declaradas, tais enunciados são meramente opinativos. Para serem verdadeiras, as proposições descritivas devem descrever como o direito (objeto) é⁴⁷, uma vez que permanecem intactos os enunciados prescritivos: tratam-se de expressão linguística anterior ao tratamento hermenêutico dado pelo cientista que elegê-los como objeto de estudos.

⁴⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 153.

⁴⁷ No contexto, explica Vilanova que sendo a Ciência descritiva, deve ela, diante de uma aparente contradição normativa, afirmar: “de acordo com o sistema S, são válidas as normas N e não N”. Se, do contrário, afirmasse que ‘de acordo com o sistema S, a norma N é válida e, de acordo com o sistema S, a norma N não é válida’, teríamos duas proposições teoréticas: uma verdadeira e outra falsa (uma descreve o objeto de estudos e outra não). (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 166.)

Nesse ponto, vale reafirmar que ambos os sistemas não comportam contradições sintáticas – apesar de ser possível verificar eventuais incoerências semânticas e pragmáticas no sistema do direito positivo –, lembrando que a contradição só pode ser vislumbrada dentro de um mesmo sistema.

Explica-se. No sistema do direito positivo, teremos enunciados prescritivos válidos, afinal, caso não fossem válidos, não integrariam dito sistema (lógica deôntico-jurídica). Desse modo, é possível que duas normas, “N” e “¬N”, mesmo com conteúdo aparentemente contraditório, façam parte do sistema de direito positivo por obedecerem ao critério de pertinencialidade, não havendo que se falar em incoerência sintática. Somente quando uma terceira norma “N1” revogar uma delas, expulsando-a do sistema, é que poderemos falar que uma delas é inválida, afinal, não obedece mais à pertinência sistêmica.

Sob o mesmo raciocínio, na Ciência do Direito não é possível detectar contradições sintáticas e tampouco semânticas e pragmáticas, uma vez que a linguagem descritiva opera com a verdade/falsidade, sob a lógica apofântica. Assim, ou os enunciados serão verdadeiros, ou serão falsos e, por isso, não pertencerão à Ciência do Direito.⁴⁸

Em suma: ou os enunciados prescritivos pertencem ao direito positivo (e por isso são válidos), ou não pertencem ao direito positivo (e por isso são inválidos); ou os enunciados descritivos pertencem à Ciência do Direito (e por isso são verdadeiros) ou não pertencem à Ciência do Direito (e por isso são falsos).

Como o objeto de estudos do presente trabalho é o sistema do direito positivo, isto é, o conjunto de normas jurídicas (*lato sensu*) válidas em determinado espaço e tempo, analisaremos mais detidamente este sistema. Já vimos que uma norma jurídica (*lato sensu*) “N” só será válida no sistema de direito positivo se, e somente

⁴⁸ Cada sistema deve ser analisado, particularmente, para que se possa afirmar se há ou não a possibilidade de contradições semânticas e pragmáticas. Nesse aspecto, ressalta Vilanova que a Ciência do Direito, composta por enunciados descritivos verdadeiros ou falsos não comporta contradições (lei lógica da não contradição). Já o sistema do direito positivo, formado por enunciados prescritivos válidos ou inválidos, permite contradições internas. (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 154 a 157). Acrescentamos: o sistema do direito positivo só admite incoerências semânticas e pragmáticas, nunca sintáticas.

se, pertencer ao respectivo sistema “S”. Em outras palavras, dizer que uma norma (*lato sensu*) é válida “quer significar que mantém relação de pertinencialidade com o sistema ‘S’, ou que nele foi posta por órgão legitimado a produzi-la mediante procedimento estabelecido para esse fim.”⁴⁹

Nesse sentido, elucida Lourival Vilanova:

No direito, são as regras do processo legislativo, ou quaisquer outras regras-de-regras que estabeleçam como constituir, reformar ou desconstituir normas válidas. A validade é, assim, validade no interior do sistema positivo. Normas de outra procedência, ou de outro conteúdo, para ingressarem no sistema, requerem regra-de-regra que as juridicize, que as convalide. A correspondência com tais regras “processuais” dá-lhes relação de pertinência em face ao sistema positivo.⁵⁰

Simplificando, no sistema do direito positivo, o ingresso dos elementos (enunciados prescritivos) é proporcionado pelas regras de estrutura, encontradas principalmente na Constituição Federal, que estabelecem procedimentos e competências, isto é, como deve ser a enunciação para a produção de enunciados⁵¹ e quem deve realizá-la. É a Constituição que oferece unidade a esse sistema: todos os enunciados conduzem a ela.

Já na Ciência do Direito, o critério de pertinência será elegido pelo próprio cientista, por meio do corte metodológico, que em termos kelsenianos, é a norma hipotética fundamental. Sobre esta, explica Paulo de Barros Carvalho:

A descoberta da norma hipotética fundamental, empreendida por Hans Kelsen, é o postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação. A norma hipotética fundamental, entretanto, não se prova nem se explica. É uma proposição axiomática, que se toma sem discussão de sua origem genética, para que seja possível edificar o conhecimento científico de determinado direito positivo. Ela dá legitimidade à Constituição, não cabendo cogitações de fatos que a antecedam. Com ela se inicia o processo derivativo e nela se esgota o procedimento de fundamentação. É fruto de um artifício do pensamento humano, e a Filosofia do Direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico.⁵²

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 224.

⁵⁰ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. XXXI.

⁵¹ A enunciação é ato produtor de enunciados.

⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 215.

Destarte, a norma hipotética fundamental não é posta, mas pressuposta, não estando ao lado das demais proposições do sistema do direito positivo, uma vez que não foi produzida por autoridade competente, mas arbitrada pelo cientista, a fim de delimitar o seu objeto de estudos, conferindo segurança à investigação.⁵³

2.3.1 O sistema do direito positivo e o ordenamento jurídico: uma breve diferenciação

Ao abordar o sistema de direito positivo, não se pode deixar de diferenciar tal conceito com o de *ordenamento jurídico*. Sobre o tema, Alchourrón e Bulygin definem sistema do direito positivo como o conjunto de normas estaticamente consideradas e ordenamento jurídico como uma sequência temporal de sucessivos sistemas, quer dizer, uma série de conjuntos de normas jurídicas, num sentido dinâmico⁵⁴. Asseveram os autores que “em cada momento temporal o conjunto de normas que pertence ao sistema é distinto”⁵⁵.

Sob a conclusão de que a palavra *sistema* indica um caráter estático e a palavra *ordenamento* um caráter dinâmico do conjunto normativo, Tárek Moussallem explica, em linguagem formalizada, que o conjunto OJ é composto por vários subconjuntos denominados SDP1, SDP2, SDP3, SDPn, sucessivos no tempo t1, t2, t3, tn.⁵⁶ A sucessão desses sistemas (SDP1, SDP2, etc.) constitui um todo unitário (OJ), uma vez que todos encontram fundamento em uma única Constituição. Consequentemente, os vários SDP devem possuir pelo menos um elemento (norma jurídica *lato sensu*) em comum, pois, ao pertencerem a um mesmo OJ, se interseccionam. Por outro lado, quando o núcleo normativo da Constituição se altera (pelo Poder Constituinte Originário), então inaugura-se novo ordenamento jurídico

⁵³ Hans Kelsen em *Teoria Pura do Direito* utiliza a expressão “norma hipotética fundamental” ora como sinônimo de Constituição Federal (documento pertencente ao sistema do direito positivo, por meio da qual há a fundamentação e a derivação de todas as normas do sistema), ora como norma pressuposta, com forma cognoscente, carecedora de concretude e de fundamento (não é derivada de norma alguma). Nesta dissertação, adotaremos a expressão apenas no último sentido, como enunciado restrito à Ciência do Direito.

⁵⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. Sobre el concepto de orden jurídico. In: *Análisis lógico y derecho*, nº 24, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 393.

⁵⁵ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara, 1997; p. 62.

⁵⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005; p. 130.

(OJ'), constituído por novos sistemas do direito positivo sucessivos, que não possuem elementos em comum com os sistemas pertencentes ao OJ.

2.3.2 Os planos da linguagem do sistema do direito positivo

O sistema de direito positivo, como expressão linguística que é, reveste-se dos três planos fundamentais: a sintática, a semântica e a pragmática. O plano sintático se apresenta nas relações dos signos normativos entre si e as articulações normativas internas. Assim, é sintática a interação entre uma norma constitucional com uma norma do Código de Processo Civil; ou entre uma norma que prescreve um direito e um dever, e uma que prescreve uma sanção. Igualmente, é sintática a estrutura intranormativa, na qual uma hipótese (antecedente) se liga a um consequente (tese).

O campo semântico do direito positivo, por sua vez, abarca as significações e significados dos enunciados prescritivos. É a ligação da linguagem normativa ao mundo social que ela regula. “O aspecto semântico nos leva ao tormentoso espaço das acepções dos vocábulos jurídicos, às vezes vagos, imprecisos e multissignificativos.”⁵⁷

Por fim, no viés pragmático, analisa-se a relação entre os enunciados prescritivos e os utentes da linguagem ou os destinatários das normas jurídicas (*lato sensu*), para a motivação do comportamento na sociedade. Observa-se que os planos não se excluem, mas se complementam: uma pragmática eficiente requer um estudo mais rigoroso dos planos sintáticos e semânticos. Por isso, reforçamos que o presente trabalho busca esclarecer premissas e conceitos, analisar a interação sintática do objeto de estudos, para que possamos obter uma linguagem técnica, com vícios mitigados, possibilitando-se uma transmissão de mensagem mais adequada entre os utentes.

2.3.3 A unidade e a unicidade no sistema do direito positivo

Peculiarmente, o sistema do direito positivo é composto por uma estrutura normativa hierarquizada, quedando-se na base da pirâmide as normas individuais de maior concretude e, no cume, a Constituição Federal. Uma análise crescente dos

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 212.

comandos normativos permite verificar que cada elemento está fundado em normas superiores. É o que Kelsen chama de fundamento de validade⁵⁸, o que permite a subordinação (relação vertical) entre as normas. Sob a visão inversa da fundamentação, teremos a derivação, ou seja: uma norma inferior deriva de uma norma hierarquicamente superior, ou de seu fundamento de validade.

O modelo escalonado do direito foi traçado por Adolf Julius Merkl, seguido por Kelsen e Verdross, lembrando que a hierarquia é estabelecida pelo próprio sistema: o próprio direito regula sua criação e suas transformações.

É imperioso o papel da Constituição Federal, pois nela estão dispostas diretrizes quanto à forma (hierarquia sintática) e quanto ao conteúdo (hierarquia semântica) de criação dos demais atos legislativos que serão introduzidos. Exemplificativamente, dispõe Tárek Moussallem:

A Constituição Federal estipula as condições para a enunciação (*feliz*, poder-se-ia dizer) do ato de fala chamado Código de Processo Civil, que, por sua vez, estipula as condições de felicidade para a produção da sentença judicial. Numa visão regressiva, tem-se a sentença haurindo fundamento de validade no Código de Processo Civil e este buscando fundamento de validade na Constituição Federal. Por óbvio, a sentença tem fundamento de validade tanto no Código de Processo Civil como na Constituição Federal.⁵⁹

Prossegue o autor ressaltando que a validade da norma é característica do texto produzido (enunciação-enunciada ou enunciado-enunciado), e não da produção da norma em si (enunciação). Por isso, pode ser que uma enunciação não siga os ditames constitucionais (é infeliz) e, mesmo assim, produza enunciados válidos. Para retirar do sistema um enunciado válido proveniente de uma enunciação infeliz, é necessário que o próprio sistema se movimente para a realização de uma nova enunciação, cujo produto, um novo enunciado, constituirá a perda de validade do outro, retirando-o do sistema do direito positivo.

⁵⁸ Nas palavras do vienense: “Como dado o caráter dinâmico do direito uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. 246-247).

⁵⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005; p. 159.

Destarte, deve-se reconhecer que a Constituição Federal imprime caráter unitário ao sistema do direito positivo, ao estabelecer-se como critério de ligação entre os elementos constitutivos (enunciados prescritivos), assumindo o papel de fundamento de validade de todas as normas (*lato sensu*) pertencentes ao sistema. É possível, pois, afirmar que se trata de sistema unitário e homogêneo.

Caracterizado pela unidade, o sistema do direito positivo não pode, então, ser fragmentado. Ocorre que a Ciência do Direito realiza recortes epistemológicos, criando diferentes campos jurídicos (Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Processual Civil, etc.). Esses não são subsistemas do direito positivo, que é uno, mas mera ficção para que o cientista estude, de forma didática, o seu objeto. Afinal, todas as normas jurídicas encontram-se relacionadas entre si, não sendo possível isolar umas das outras; do contrário, retiraríamos o caráter sistêmico do direito positivo.

Ainda que o próprio legislador separe em documentos legislativos os textos jurídicos por recortes (Código Civil, Código de Processo Civil, etc.), não há que se falar em autonomia dos ramos do direito. Até porque o nome atribuído aos documentos normativos não significa que ali teremos enunciados que digam respeito somente àquela determinada área. Por isso, frequentemente, encontramos dispositivos de direito material no Código de Processo Civil e de direito processual no Código Civil. As delimitações metodológicas caberão, mais uma vez, ao cientista, consoante as finalidades de seu estudo.

Além de unitário, o direito positivo é sistema autorreferente ou, como ensina Luhmann, é autopoietico⁶⁰. É o próprio sistema que constitui os seus elementos, estruturas, processos, limites e a sua unidade essencial⁶¹. O direito prescreve, assim, sua forma de produção: os seus elementos (normas jurídicas *lato sensu*) só ingressarão no sistema do direito positivo se autorizados por uma norma de

⁶⁰ A autopoiese foi inicialmente desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela em “A árvore do conhecimento”, para explicar os sistemas biológicos, sendo posteriormente atribuída por Luhmann como característica dos sistemas sociais. No modelo luhmanniano, o direito é um sistema autopoietico de segundo grau, já que adquiriu autonomia em face do sistema autopoietico geral, que é a sociedade.

⁶¹ TEUBENER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; p. 32.

produção normativa (ou regras de estrutura)⁶². É o próprio direito positivo que diz o que é e o que não é norma, isto é, cria suas próprias regras⁶³, atributo que permite ao cientista codificar a diferença entre o jurídico e o não jurídico.

Por conseguinte, o sistema do direito positivo não admite que haja interferências de elementos externos, sem que eles tenham ingressado no sistema pelo filtro por ele mesmo estabelecido. É nesse contexto que afirmamos ser o sistema do direito positivo sintaticamente fechado, ou seja, tem como característica a unicidade.

Apesar do fechamento sintático, verificamos a abertura semântica e pragmática. Tem-se a clausura organizacional nos sistemas autopoieticos: são fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente. A abertura cognitiva está presente uma vez que o direito positivo, como sistema nomoempírico que é, incide sobre a linguagem social, já que as normas jurídicas (especificamente o antecedente normativo), como reguladoras de condutas, estão sempre prontas para receber novos fatos que o legislador entenda relevantes, atribuindo-lhes jurisdição. O sistema seleciona os fatos sociais que se tornarão fatos jurídicos ou não, isto é, quais fatos trarão consequências jurídicas ou serão juridicamente relevantes. Nas palavras de Marcelo Neves: “qualquer sistema nomoempírico está em constante renovação e, portanto, é semântico-pragmaticamente aberto e incompleto”⁶⁴.

Estabelecem-se verdadeiras portas abertas para os eventos do mundo do *ser* ingressarem no mundo do *dever ser*, apesar de este não ser influenciado por aquele. Frisa-se:

A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.⁶⁵

⁶² Nesse contexto, a autora Aurora Tomazini faz um adendo, destacando que há, no ato de produção normativa, um ato de vontade humana, sem o qual o direito não se reproduz. (*Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 160).

⁶³ Tárek Moussallem ressalta que o direito não regula a produção normativa em si (enunciação), mas controla a regularidade das normas produzidas (enunciados-enunciados e enunciação-enunciada). (*Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005; p. 140).

⁶⁴ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988; p. 7.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo, Acadêmica, 1984; p. 120 e 121.

Em suma, o sistema do direito positivo é uno e, ainda, um só sistema⁶⁶. Cabe, agora, estudar os elementos que formam este sistema.

2.4 O CONCEITO DE *NORMA JURÍDICA* (*LATO SENSU* E *STRICTO SENSU*)

Sem as normas jurídicas não há direitos ou deveres, não há “jurídico”. Os fatos sociais, por si só, não geram efeitos jurídicos; apenas se ingressarem no mundo jurídico pelo antecedente normativo, revestindo-se de jurisdicção e implicando consequências jurídicas.

Norma jurídica é uma expressão linguística que, como a maioria, reveste-se de ambiguidade, é polissêmica. Cabe a nós, cientistas, buscar defini-la com a maior precisão possível, mitigando-se eventuais dúvidas semânticas. Para tanto, tomar-se-á como ponto de partida o modelo de construção de sentido do direito positivo esquematizado por Paulo de Barros Carvalho⁶⁷, que se apresenta em 4 planos: (i) S1 – plano físico, dos enunciados prescritivos como suporte físico; (ii) S2 – plano das significações dos enunciados prescritivos, isoladamente consideradas; (iii) S3 – plano das significações normativas estruturadas de forma implicacional, com sentido deôntico hipotético-condicional; (iv) S4 – plano da contextualização das significações estruturadas por vínculos de coordenação e subordinação, formando o sistema de direito positivo unitário.

Eis um percurso gerador de sentido: o intérprete, a partir da leitura dos enunciados prescritivos (S1), atribui valores unitários aos vários signos justapostos, compondo significações isoladas (S2), produz unidades completas de sentido, isto é, juízos hipotéticos condicionais (S3), organiza as normas jurídicas numa estrutura escalonada de subordinação e coordenação (S4).

As normas jurídicas *lato sensu* estão enquadradas nos planos S1 e S2, uma vez que consistem nos textos das leis, incluindo-se seus artigos, parágrafos, incisos, alíneas. São suportes físicos, meros enunciados prescritivos, expressões frásicas dotadas de sentido isolado, mas sem formar uma unidade completa de significação deôntica.

⁶⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 141.

⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 80-91.

Para nos referirmos a essa categoria, usamos também as expressões *enunciados*, *regras*, *texto legal*, *texto constitucional*.

Já as normas jurídicas *stricto sensu* ou apenas *normas jurídicas*, referem-se à composição articulada das significações, isto é, à formação de unidades de sentido deontico-jurídicas, estruturadas em uma implicação hipotético-condicional ($p \rightarrow q$), resultado da interpretação. Aqui, cingimo-nos aos planos S3 e S4.

Quando falamos que o sistema do direito positivo é um conjunto de normas jurídicas válidas em dado espaço e tempo, fizemos questão de ressaltar que ali estávamos utilizando a expressão em seu sentido amplo, gênero cuja espécie é o conjunto de normas deonticamente estruturadas no ordenamento (S3 e S4). Estas, porém, para se formarem, requerem a existência do enunciado (S1) e da construção de proposições como significações isoladas (S2).

Expostas as distinções entre norma jurídica como gênero e espécie, deve-se esclarecer que enunciado prescritivo não se confunde com a norma jurídica: aquele é o suporte físico; esta é a significação construída por ele. É por isso que, para a construção de uma só norma jurídica, podemos usar mais de um enunciado, ou com base em um só enunciado, podemos construir várias normas jurídicas. Há, ainda, a possibilidade de normas serem construídas com base em enunciados implícitos, obtidos por derivação lógica de enunciados expressos⁶⁸.

Sintetizando, nas palavras de Tárek Moussallem:

[...] o enunciado prescritivo é a estrutura sintático-gramatical, enquanto a norma jurídica é a estrutura lógico-sintática de significação. A norma jurídica é o *arquétipo lógico* obtido pela formalização do direito positivo.⁶⁹

É neste contexto que Eros Roberto Grau ensina que o direito positivo não é autográfico (obra completada pelo autor, no caso, lei completada pelo legislador), mas alográfico, o que quer dizer que “a completude do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão,

⁶⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 180

⁶⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005; p. 105.

pelo intérprete”⁷⁰. Por requererem a atribuição de sentido, as normas jurídicas *stricto sensu* resultam da interpretação, sendo esta o “processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo”⁷¹.

O legislador e o constituinte produzem enunciados prescritivos, textos legais ou constitucionais (norma jurídica *lato sensu*) e não a norma propriamente dita (*stricto sensu*) ou a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas⁷². Isso porque o intérprete não declara um significado preexistente do texto, mas (re)constrói os sentidos, exercendo a chamada atividade criativa. Afinal, os significados são atribuídos por meio da linguagem, que, como já vimos, forma versões sobre a realidade.

Ressalte-se, contudo, que não basta interpretar o enunciado prescritivo para criar norma: é preciso ser autoridade competente, isto é, órgão credenciado pelo próprio sistema do direito positivo apto a produzir normas. Por tal razão, a Ciência do Direito não cria normas jurídicas, mas tão somente proposições jurídicas descritivas, por meio da interpretação dos enunciados prescritivos. Nesse teor, a interpretação, como estabelecimento de sentidos aos enunciados prescritivos, foi diferenciada por Kelsen⁷³ da seguinte maneira: (i) interpretação autêntica, realizada pelo órgão credenciado para a aplicação do direito positivo, por meio da qual cria-se o direito; (ii) interpretação não autêntica, feita por aqueles destituídos da função de aplicar o direito, como o cientista do direito, emitindo-se meras proposições sobre o objeto de estudos.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 30.

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006; p. 30. Já na lição de Paulo de Barros Carvalho, “interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos” (*Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 180).

⁷² Cf. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; p. 202.

⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; p. 387-397.

2.5 A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA *STRICTO SENSU*

Vimos que a norma jurídica *stricto sensu* é imaterial, construída intelectualmente pelo intérprete credenciado, por sua mente, como resultado da compreensão dos enunciados prescritivos. Difere-se, porém, das significações isoladas, por estar estruturada na forma hipotético-condicional.

A forma hipotético-condicional é a estrutura mínima necessária para construir um sentido deôntico – é por isso que se diz que a norma jurídica é a expressão irreduzível do deôntico. Trata-se do mínimo necessário para transmitir uma mensagem jurídica implicacional de forma bem-sucedida.

A norma jurídica é, assim, formada por uma proposição antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, implicando uma proposição consequente, de natureza relacional. Eis a bimembridade normativa, que pode ser estruturada logicamente como $D(p \rightarrow q)$, em que:

p: é o antecedente normativo – descritor de uma situação fática de possível ocorrência⁷⁴;

q: é o consequente normativo – prescritor de critérios para que se formem as relações entre sujeitos⁷⁵;

D: functor deôntico não modalizado, interproposicional, incidente sobre as proposições jurídicas para indicar a sua pertença ao mundo do *dever ser*;

→: conectivo implicacional, que vincula a proposição-antecedente com a proposição-consequente.

Significa tal estrutura: *se acontecer um fato “p”, então deve ser a consequência “q”*.

Dessa forma, o antecedente normativo (ou hipótese) opera como seletor de acontecimentos sociais, para que sobre aqueles que lhe interessam, incida a consequência normativa. Apesar de descrever uma situação fática de possível ocorrência, não devemos enquadrá-lo no *mundo do ser* (sistema nomoempírico

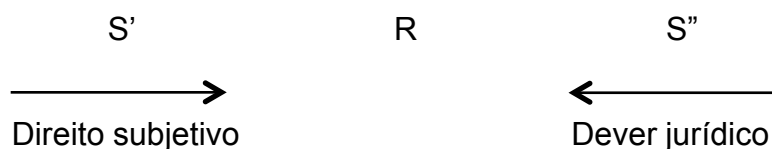
⁷⁴ A seguir, verificaremos que o antecedente normativo também pode descrever fatos ocorridos, no caso de normas concretas. Por hora, nos ateremos às normas abstratas para entender a estrutura lógica da norma.

⁷⁵ Posteriormente, veremos que uma relação jurídica propriamente dita só se verifica diante da chamada norma individual; caso contrário, estabelece-se uma norma geral com apenas os critérios de uma potencial relação.

descritivo). Isso porque se trata de descritor, mas sem valor veritativo, quer dizer, verificado o fato jurídico no mundo físico ou não, o antecedente não se torna verdadeiro ou falso – permanece válido, desde que no interior do sistema positivo.⁷⁶ É justamente essa confusão que a constante lógica “D” busca evitar ao envolver todas as demais constantes na estrutura sintático-normativa, indicando a função prescritiva da proposição completa (hipótese + tese): $D(p \rightarrow q)$. “D”, portanto, em conjunto com o conectivo implicacional “ \rightarrow ” significam: *deve ser* a implicação entre hipótese e tese.

Ainda sobre a hipótese normativa, ressalte-se que ela se assenta no modo ontológico da possibilidade. Sobre o assunto, ensina Paulo de Barros Carvalho: “Se a hipótese fizer a previsão de fato impossível, a consequência que prescreve uma relação deôntica entre dois ou mais sujeitos, nunca se instalará, não podendo a regra ter eficácia social”.⁷⁷ Sendo a previsão impossível, teríamos uma proposição sem sentido deôntico, ainda que organizada sintaticamente.

Paralelamente, o consequente normativo (ou tese) é proposição prescritiva: prescreve condutas intersubjetivas. Tem-se uma função relacional, que abrange sujeitos de direito em torno de uma conduta proibida (V), permitida (P) ou obrigatória (O), possuindo a seguinte estrutura interna: $S'RS''$, em que R representa o functor deôntico modalizado e S' e S'' são os sujeitos de direito – um sujeito ativo, titular de direito subjetivo de exigir certa prestação e um sujeito passivo, que tem o dever jurídico de cumprir a exigência do pretensor. Esquematizando:



⁷⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 141.

⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 132.

Verifica-se que o conceito de *direito* contrapõe-se ao de dever, de modo que a tese normativa, por ser relacional, não prevê um direito subjetivo em exigir uma certa conduta sem o correspondente dever jurídico de cumpri-la.

Portanto, infere-se que a relação prevista na tese normativa é irreflexiva e assimétrica. Irreflexiva porque os sujeitos de direito são distintos (S' e S''), afinal não faz sentido que S' tenha um direito e um dever em face dele mesmo (não se pode relacionar-se consigo mesmo). Assimétrica porque a relação de S' com S'' não é a mesma da relação recíproca: Se S' é contribuinte de um imposto devido a S'', S'' é detentor do direito de exigir o imposto a S' e S' tem o dever de pagá-lo a S'', e, paralelamente, S' tem o direito de impugnar o crédito administrativamente ao passo que S'' tem o dever de não exigir crédito tributário que esteja suspenso, circunstância que permite dizer que para cada relação implicacional há uma ou mais relações conversas, sendo que S' e S'' têm, em cada uma dessas relações, direitos e deveres recíprocos. Em outros termos, uma relação assimétrica subsiste nos casos em que “quando A tem direito subjetivo, correspectivamente, B tem dever jurídico; quando A tem dever jurídico, B tem, correlatamente, direito subjetivo”⁷⁸, não havendo transposição dos termos referente e relato⁷⁹.

Outrossim, diferente do functor deôntico neutro, que vincula duas proposições, o functor deôntico modalizado do conseqüente é intraproposicional, estabelecendo uma relação jurídica entre os sujeitos, que pode implicar em condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas.⁸⁰ A consequência normativa, assim, enseja efeitos jurídicos às partes envolvidas, tendo em vista a ocorrência do fato descrito no antecedente. Ademais, acrescenta Vilanova

Na implicação entre *H* e *C*, *H* é condição *suficiente* de *C*, porém não é condição *necessária*. A consequência *C* pode ter outros antecedentes, *H'*, *H''*, *H'''*, cada um, por si, bastante, para acarretar *C*. São, pois, possibilidades combinatórias válidas: a) *H* implica *C*; b) *não-H* implica *não-*

⁷⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000; p. 185 e 186.

⁷⁹ Lourival Vilanova, ao escrever sobre a teoria geral das relações pondera que as relações jurídicas são estruturas formais compostas de termo antecedente (ou termo referente), de um termo conseqüente (ou termo relato) e de um operador relacionante. (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000; p. 116 e 117).

⁸⁰ Assim como no antecedente, a modalização das condutas interpessoais deve estar dentro dos moldes da possibilidade.

C; c) *não-H* implica C. Exclui-se a combinação “*H* implica *não-C*” como logicamente impossível.⁸¹

A fórmula sintática da norma jurídica pode, então, ser destrinchada a fim de envolver os elementos que compõem o consequente. Assim, substituindo-se as constantes “p” por “H” (hipótese), e “q” por “C” (consequente), teremos: D (H→C) ou D [H → R (S’ S”)].

2.5.1 Homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica e pragmática

As normas jurídicas são sintaticamente homogêneas pelo fato de obedecerem sempre à estrutura lógico-sintática de um juízo hipotético-condicional – D (H → C) –, independentemente do conteúdo significativo construído a partir dela. A homogeneidade sintática, assim, é uma consequência do caráter sistêmico do direito positivo: o critério de pertinencialidade, que confere unidade ao sistema, só admite o ingresso de elementos que possam ser estruturados daquela forma.

Contudo, a diversidade de conteúdos sobre os quais podem versar as normas jurídicas traz a heterogeneidade semântica das normas jurídicas. Igualmente, pelo fato de existirem infinitas possibilidades de aplicação de uma norma para diferentes casos fáticos, há uma heterogeneidade também pragmática.

O aspecto heterogêneo é evidente diante da possibilidade de um mesmo enunciado levar intérpretes e aplicadores do direito a construir significações (normas jurídicas) distintas; afinal, norma é interpretação.

Ao dissertar sobre o assunto, Eurico Marcos Diniz de Santi pontua que a criação de normas jurídicas tem dois limites ontológicos: um de ordem sintática, e outro semântica⁸². O limite sintático (formal) seria justamente a estrutura lógica normativa, que lhes confere homogeneidade. Já o limite semântico (material) consistiria no fato de as normas jurídicas, necessariamente, incidirem sobre o suporte factualmente possível, pois prescrever o factualmente impossível geraria um sem-sentido

⁸¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000; p. 88.

⁸² SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999; p. 39-41.

deôntico, como já salientamos. Portanto, ainda que caracterizadas pela heterogeneidade semântica, há esse limite ontológico.

2.6 NORMAS PRIMÁRIAS E NORMAS SECUNDÁRIAS

Até então, tivemos a visão lógico-estrutural da norma jurídica como entidade singular. Vale recordar, porém, que a norma jurídica é elemento de um todo unitário, e, como já verificado, não devemos considerar a árvore sem a floresta.⁸³ Assim, uma norma jurídica está sempre relacionada a outras normas, integrando o sistema do direito positivo.

Na sua completude, as normas jurídicas têm feição dúplice: (i) normas primárias; (ii) normas secundárias⁸⁴. Apesar da mesma estrutura sintática, divergem semanticamente. A norma primária prevê a ocorrência de um fato, que, traduzido em linguagem competente ao mundo do direito, implica em uma consequência prescrita por modais deônticos. A norma secundária, ainda que possua uma hipótese vinculada deonticamente a uma consequência, prescreve uma providência sancionatória (coercitiva) pelo Estado-juiz⁸⁵ em caso de descumprimento do dever contido no consequente da norma primária.⁸⁶ Assim:

Na primeira [norma primária], realizada a hipótese fáctica, [...] sobrevém [...] a relação jurídica com sujeitos em posições ativa e passiva, com pretensões e deveres [...]. Na segunda [norma secundária], a hipótese fáctica, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária.⁸⁷

⁸³ Utiliza-se dessa metáfora ao criticar a análise isolada da norma jurídica sem considerar o ordenamento: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997; p. 20.

⁸⁴ Carlos Cossio (*La teoría egológica del derecho*. 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964) e Norberto Bobbio (*Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001) também trabalham com esta diferenciação, mas utilizam-se de outras terminologias. Aquele prefere referir-se a endonorma (equivalente à norma primária) e perinorma (equivalente à norma secundária). Já Bobbio indica-as como sendo de primeiro e de segundo grau.

⁸⁵ No presente trabalho, a expressão *Estado-juiz* será utilizada como gênero que engloba qualquer órgão julgador do Poder Judiciário.

⁸⁶ Nas primeiras concepções da feição dúplice normativa, Hans Kelsen utilizou denominação contrária à adotada neste trabalho. Para o autor, as normas primárias seriam as que estipulavam sanções em decorrência de possível ilicitude, enquanto as secundárias prescreveriam condutas cujo descumprimento estava descrito no antecedente da primária. Contudo, na sua obra póstuma, *Teoria Geral das Normas*, tal qualificação foi revista, invertendo-se as denominações. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986; p. 67.

⁸⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 188 e 189.

Há ilicitude diante da discordância entre o prescrito no consequente da norma primária e o ocorrido no social. Com isso, viola-se a norma primária, isto é, ocorre ato ilícito, ensejando-se a possibilidade de participação do Estado-juiz, por meio da penalização ao infrator ou fazendo-o cumprir, coercitivamente, o que outrora deveria ter cumprido.

O descumprimento da norma primária, assim, permite o surgimento de uma norma de atuação do Poder Judiciário – a norma secundária. Essa norma (N2) descreve em seu antecedente o descumprimento da relação jurídica da norma primária (N1) e em seu consequente uma nova relação jurídica, em que o Estado-juiz é uma das partes. A atuação do Poder Judiciário gerará um processo em que, ao final, será expedida uma nova norma primária para solucionar a lide (N3).

Destaque feito por Vilanova é que as denominações *primária* e *secundária* das normas não devem indicar relação de cronologia ou causalidade física, mas de antecedente lógico para consequente lógico⁸⁸, ainda que no mundo do *ser* os fatos verifiquem ou não o disposto na hipótese da norma primária, para depois incluírem-se ou não na norma secundária. Ocorre que o relacionamento entre proposições normativas está restrito ao mundo do *dever ser*, no qual prevalece tão somente a ordem lógico-formal (causalidade jurídica).

O importante, diante dessa duplicidade normativa, é ter em vista que uma norma é jurídica porque se sujeita a *sanção* pelo Estado-juiz, característica que a diferencia dos demais sistemas prescritivos como a moral e a religião.

2.6.1 Sanção: termo plurissignificativo

Ao afirmar que uma norma só é jurídica porque possibilita, em sua composição completa, a *sanção*, deve-se ter cautela, uma vez que *sanção* é uma palavra que, como muitas vistas, carrega em si o problema da ambiguidade.

Sanção costuma implicar a ideia de penalidade diante do descumprimento de um dever jurídico, isto é, diante de um ilícito. A *sanção-penalidade*, então, pode ensejar

⁸⁸ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; p. 74.

(i) multas; (ii) pena privativa de liberdade; (iii) pena restritiva de direitos; (iv) restrições na propriedade, etc.

Todavia, *sanção* também é usada como uma vantagem, quando o sujeito cumpre o que a lei determina ou deixa de fazer o que a lei proíbe, auferindo, por isso, uma vantagem – tem-se a *sanção-premial*.

Outrossim, mencionar a sanção em âmbito da norma secundária refere-se à sanção como uma atuação do Estado-juiz, de ordem processual. Isso porque, em nosso ordenamento, o poder de coerção está nas mãos Estado-juiz, não sendo legítimo o uso da própria força pelos sujeitos-de-direito afetados pela ilicitude. Eis a *sanção-coerção*.

Justamente por essa imprecisão semântica de *sanção* é que se pode ter uma norma primária que impute uma penalidade, mas que careça de eficácia coercitiva: restringe-se à esfera do direito material, não emanando relações processuais (é o caso de sanções administrativas ou contratuais não levadas ao Judiciário). Por isso, não é norma secundária. No ponto, explica com clareza Eurico Santi:

Têm-se, portanto, normas primárias estabelecedoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de (i) ato ou fato lícito, e (ii) de ato ou fato ilícito. A que tem pressuposto antijurídico denominamos norma primária sancionadora, pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não-cumprimento de um dever jurídico – enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatório, convencionamos chamar norma primária dispositiva.⁸⁹

Reconhecendo a plurissignificação do termo *sanção*, o autor aponta, em seguida, três significados possíveis: (i) a relação jurídica consistente na conduta substitutiva reparadora, decorrente do descumprimento de um pressuposto obrigacional; (ii) a relação jurídica que habilita o sujeito ativo a exercitar o seu direito subjetivo de ação (processual) para exigir perante o Estado-juiz a efetivação do dever constituído na norma primária; (iii) a relação jurídica, consequente processual desse direito de ação preceituada na sentença condenatória, decorrente do processo judicial.⁹⁰

⁸⁹ SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999; p. 43-44.

⁹⁰ SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999; p. 45.

A *sanção*, na primeira acepção, (i) está no consequente da norma primária denominada por Santi de sancionadora, que nem sempre deve estar associada a uma norma primária dispositiva: pode haver norma (primária) que não se associa a uma *sanção-penalidade* (norma primária sancionadora), ainda que haja a possibilidade da atuação estatal (norma secundária). É o caso das normas que atribuem faculdade legislativa a determinadas autoridades: não há sanção material caso não exerçam tal faculdade, ainda que possa haver um comando de índole processual, como uma sentença procedente em mandado de injunção, que declare a omissão legislativa e a necessidade de regulamentação legal.

No segundo significado (ii), *sanção* é a relação prescrita no consequente da norma secundária, prevendo um vínculo de ordem processual, mediante o qual se busca a atuação do Judiciário para assegurar um direito – é a *sanção-coerção* como dever de tutela jurisdicional do Estado. Nesse significado, toda norma tem uma *sanção*.

Na última acepção (iii), a *sanção* é o resultado do processo judicial, é a positivação do consequente de uma norma de direito material solucionadora da lide. Se a hipótese dessa norma fruto do processo de positivação for ilícita, teremos uma norma primária (sancionadora para Santi), de direito material. Por outro lado, se o pressuposto normativo for lícito, não se trata de sanção, motivo pelo qual preferimos afastar este terceiro significado.

2.6.2 A estrutura da norma completa

Vimos que a norma jurídica apresenta a estrutura simbólica $D (H \rightarrow C)$. A norma secundária, então, por conter em seu antecedente o descumprimento do consequente da norma primária, pode ser representada por $D (\neg C \rightarrow C')$, em que sua hipótese (H') corresponde a $\neg C$ (negação de C) e C' a uma nova relação jurídica, agora processual. Unindo-se as duas normas a fim de formar uma norma completa, tem-se: $D [(H \rightarrow C) \vee (\neg C \rightarrow C')]$, significando: *Se H então deve ser C ou se não C , então deve ser C' .*

Desmembrando-se ainda mais os termos normativos em linguagem formal:

$$\underbrace{D \{ [H \rightarrow (S'R S'')] } }_{\text{Norma primária}} \vee \underbrace{[\neg (S'RS'') \rightarrow (S'R'S''')] }_{\text{Norma secundária}}$$

Explica-se, a seguir:

D: functor deôntico neutro, com a função de envolver as duas proposições prescritivas (*dever-ser*);

→: conectivo implicacional, que traz o nexo de imputação jurídica entre a hipótese e a consequência de cada norma;

H: hipótese da norma jurídica primária;

S'RS'': consequente da norma jurídica primária, em que se estatui (as notas de) uma relação jurídica (R) entre dois sujeitos (S' e S'') sob os modais proibido (V), permitido (P) e obrigado (O);

v: conectivo “ou” em sua função includente, indicando que ambas normas são válidas no sistema⁹¹;

¬(S'RS''): antecedente da norma secundária que descreve um fato ilícito, qual seja, o descumprimento da relação jurídica primária. Nega-se (¬) o consequente da norma primária (S'RS'');

S'R'S''': consequente da norma secundária, em que se prescreve uma relação jurídica processual (R') entre um dos sujeitos da norma primária (S' ou S'') e o Estado-juiz (S'''), para o exercício da atividade jurisdicional.

2.7 A PRODUÇÃO DA NORMA JURÍDICA LATO SENSU

“O primeiro sentido de enunciação é o do ato produtor de enunciados”.⁹² Ocorre que a enunciação é um ato humano que se esvai no tempo e no espaço, e somente pode ser alcançada pelas marcas que deixa no enunciado, marcas essas

⁹¹ Apesar de adotarmos o disjuntor inclusivo “ou” para ligar as duas normas, Lourival Vilanova, em aprofundado estudo, analisou os conectivos lógicos e confrontou-os, entendendo que se ambas normas (primária e secundária) são válidas, podem ser usados os conectivos “e” (^), “de implicação” (→), além do “ou inclusivo” (v) para relacioná-las. Não cabe, porém, o uso do “ou exclusivo” (v), que excluiria a validade simultânea das normas. (As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010; cap. V). Optando por utilizar-se do disjuntivo includente “ou”, disserta Paulo de Barros: “A utilização desse disjuntor tem a propriedade de mostrar que as duas regras são simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma exclui a da outra.” (*Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 57.)

⁹² FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação*: as categorias de pessoa, espaço e tempo. São Paulo: Ática, 1996; p. 31.

denominadas por Kerbrat-Orecchioni de “fatos enunciativos”⁹³. Fatos enunciativos consistem, pois, em elementos contidos nos enunciados que permitem reconstruir a atividade produtora (enunciação).

É neste sentido que José Luiz Fiorin reconhece a existência de duas espécies de enunciados: os que contém os fatos enunciativos que remetem à enunciação (*enunciação-enunciada*), e os que estão desprovidos dessas marcas (*enunciado-enunciado*).⁹⁴ Em relação àqueles, assevera Tárek Moussallem:

O cientista do direito, impossibilitado de estudar o ato de enunciação normativa (produção), buscará identificar seus traços (processo legislativo, judicial, executivo ou até mesmo particular) no ato produzido (lei em sentido amplo, sentenças, lançamento tributário, contratos, etc.).⁹⁵

É pela enunciação-enunciada que se poderá reconstruir o procedimento legislativo, a competência, o espaço e o tempo em que determinada norma *lato sensu* foi produzida e inserida no sistema do direito positivo. Esses elementos comporão o seu antecedente normativo. Já o conseqüente da norma enunciação-enunciada é uma relação jurídica modalizada pelo functor obrigatório (O), prescrevendo o dever de toda a comunidade obedecer às regras criadas pelo exercício de uma dada competência e sob um dado procedimento. Temos assim, uma norma jurídica enunciação-enunciada, que é da espécie norma concreta e geral⁹⁶. Esta espécie de enunciado é também denominada de veículo introdutor de normas, que lançará no sistema do direito positivo os enunciados-enunciados.

O veículo introdutor, assim, pode ser definido como norma obtida pela interpretação dos enunciados que compõem a enunciação-enunciada, trata-se de norma fruto da aplicação da norma de produção normativa. É por meio dele que os enunciados-enunciados adentram ao sistema do direito positivo, afinal nenhuma norma *lato*

⁹³ KERBRAT-ORECHIONI, Catherine. *La enunciación*: de la subjetividad en el lenguaje. 3ª ed. Versión castellana de Gladys Anfora y Emma Gregores. Buenos Aires: Edicial, 1997; p. 41.

⁹⁴ FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação*: as categorias de pessoa, espaço e tempo. São Paulo: Ática, 1996; p. 36.

⁹⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 62.

⁹⁶ A seguir, será abordada a classificação das normas em abstratas, concretas, gerais e individuais. Mas, desde já, vale trazer à baila a explicação do ilustre Tárek Moussallem: “Concreta porque contém, no seu antecedente, um fato jurídico molecular (agente competente + procedimento, englobada a publicação) acontecido em determinado espaço e local, fruto da aplicação da norma sobre produção jurídica. Geral, porque, no seu conseqüente estabelece uma relação jurídica que torna obrigatória a observação de seus dispositivos”. (*Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 127 e 128).

sensu ingressa ao sistema sem que seja introduzida por outra. No contexto, Paulo de Barros Carvalho afirma que “as normas vêm sempre aos pares”⁹⁷, podendo-se falar em *norma introdutora* (veículo introdutor) e *norma introduzida* (enunciados-enunciados).

Evidencia-se, então, o caráter cíclico do sistema do direito positivo, em decorrência de sua autopoiese, pelas seguintes razões: (i) nenhum enunciado-enunciado entra no sistema do direito positivo sem ser por meio de uma norma enunciação-enunciada (ou veículo introdutor); (ii) a competência e o procedimento a serem seguidos para a enunciação, isto é, para a produção da norma veículo introdutor, é fornecida por uma espécie de norma enunciado-enunciado: a norma de produção normativa.

2.7.1 Normas de conduta e normas de produção normativa

As normas jurídicas são usualmente separadas em normas de conduta e normas de estrutura, classificação idealizada por Norberto Bobbio⁹⁸, em que se reconhece que as normas podem regular o comportamento das pessoas (normas de conduta ou comportamento) ou podem prescrever a produção normativa (normas de estrutura ou organizacionais).

Ocorre que a norma de estrutura N1 também aplica-se imediatamente sobre uma conduta intersubjetiva, buscando, mediamente, a produção de uma norma N2. Ao contrário da norma de comportamento N3, que visa regular a conduta humana de modo imediato e mediato.

O comportamento regulado pela norma de produção normativa é justamente o da autoridade competente, para que ela produza novos enunciados. Trata-se de uma conduta mais específica (produzir normas *lato sensu*), se comparada às relações reguladas pelas normas de comportamento (obrigações de pagar, de fazer, permissão de dirigir, proibição de cometer crimes, cumprimento de penas, isto é, todas condutas não referentes à introdução de enunciados prescritivos). Pelo fato de

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 415.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

ambas as espécies destinarem-se a regular condutas humanas, pode-se concluir que é redundante a expressão *normas de conduta*, tornando a norma de estrutura uma espécie do gênero norma de conduta⁹⁹.

As normas de produção normativa atribuem competências às autoridades e aos órgãos, habilitando-os a produzir novos enunciados prescritivos, bem como estabelecem procedimentos formais necessários para que se editem normas jurídicas válidas no sistema.

Quanto à *competência*, devemos admitir que se trata de termo polissêmico. Tárek Moussallem, em *Fontes do Direito*¹⁰⁰, estabelece seis distintos significados para a palavra. Aqui, de forma simplificada, trataremos a competência como uma mera *norma de competência-qualificação*, que credencia uma autoridade para a produção normativa sobre determinada matéria, ainda que tal norma enseje uma relação jurídica legislativa (permissão ou obrigação), jurisdicional (obrigação) ou executiva (obrigação). Paralelamente à observância da norma de competência, deve a norma de procedimento ser seguida.

Observa-se que a norma de produção normativa é o que qualifica o direito positivo como sistema autopoietico, pois, como visto, são os seus próprios elementos constituidores que determinarão quem pode introduzir novas normas no sistema e como devem proceder para tanto. São normas que dispõem sobre outras normas, são metanormas.

No Código de Processo Civil, por exemplo, é possível se deparar com enunciados prescritivos que formam normas jurídicas de estrutura: atribuem competência ao

⁹⁹ Neste contexto, afirma Aurora Tomazini: “Em sentido amplo, todas as normas jurídicas são de conduta, é uma classe universal. Algumas destas normas, no entanto, estatuem como criar outras normas, elas formam uma subclasse própria, à qual denominamos ‘normas de estrutura’, todas as demais normas formam sua classe complementar, a das ‘normas de comportamento’ ou ‘de conduta’ (em sentido estrito)”. (*Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 364).

¹⁰⁰ Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 82-88.

órgão julgador e estabelecem os procedimentos que tais autoridades devem seguir para produzir normas (sentenças, decisões, acórdãos).¹⁰¹

Uma norma de produção normativa, então, ao atribuir competências e definir procedimentos, informa *quem* detém a linguagem competente para criar normas, isto é, quem detém autoridade para realizar a enunciação (competência essa limitada pelo âmbito da matéria cuja competência é estabelecida¹⁰²) é o caso, por exemplo, do Presidente da República, que tem competência privativa para editar medidas provisórias) e *como* a enunciação deve ser realizada. Ademais, as normas de estrutura podem originar tanto regras de conduta como novas regras de estrutura.

2.7.2 Normas secundárias vinculadas às normas de produção normativa

Acabamos de ver que, diferentemente das normas de conduta, as normas de estrutura buscam regular comportamentos específicos para a produção normativa. Nesse ponto, cabe fazer um breve adendo quanto a essas espécies normativas, a fim de esclarecer que elas podem (e devem) vincular-se a normas secundárias, tornando possível a coerção estatal em caso de descumprimento do seu consequente.

A norma secundária, neste caso, tem como antecedente o não cumprimento da conduta prescrita pela norma de estrutura, isto é, o descumprimento da *competência-qualificação* ou do *procedimento* estabelecidos para a criação normativa. Essa possibilidade existe justamente porque o direito não regula a enunciação, mas apenas os enunciados que dela derivam. No consequente normativo, teremos uma relação mediante a qual o sujeito lesado ou legitimado (S') tem o direito de socorrer-se ao Estado-juiz (S''), para que este a retire do sistema ou não a aplique. Em outros termos, o sujeito ativo tem o direito de agir, requerendo a produção de uma nova norma que a invalide, e o Estado-juiz tem o dever de exercer a jurisdição.

¹⁰¹ É possível que os enunciados do Código de Processo Civil sirvam de suporte físico para a construção de normas de conduta, além das de produção normativa, o que demonstra o caráter unitário do sistema do direito positivo, sendo impossível separá-lo em ramos autônomos.

¹⁰² É o caso, por exemplo, do Presidente da República, que tem competência privativa para editar medidas provisórias.

A provocação da coerção estatal pelo descumprimento de normas de produção normativa é evidente quando se manejam ações com o objetivo de realizar o controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado, incidental ou abstrato) por *vício formal*. Em tal circunstância, o antecedente da norma secundária será justamente o descumprimento de norma de estrutura em âmbito constitucional, seja de competência-qualificação (o que a doutrina denomina de *vício formal orgânico*), seja de procedimento (denominado *vício formal propriamente dito*), pelo sujeito em face do qual se demanda. Sem ater-se às imprecisões e ambiguidades dos termos utilizados pela doutrina, o importante aqui é esclarecer que uma norma de estrutura primária, assim como a de conduta, pode vincular-se a uma norma secundária.

2.8 NORMAS ABSTRATAS, CONCRETAS, GERAIS E INDIVIDUAIS

Não é raro na doutrina a separação das normas jurídicas em (i) normas gerais e abstratas; (ii) normas concretas e individuais. Contudo, a inexatidão linguística muitas vezes nos leva a crer que a expressão *geral e abstrata*, assim como a dupla *individual e concreta* seriam indivisíveis. Norberto Bobbio¹⁰³, ao estudar o assunto, rompe com a ideia de que a norma precisa ser “geral e abstrata” ou “individual e concreta”, o que aqui será seguido.

Coadunando com o entendimento de Paulo de Barros Carvalho sobre o assunto, a norma será abstrata ou concreta de acordo com o antecedente normativo, pois são definidos conforme o critério temporal e espacial do fato ensejador de efeitos jurídicos, e é no antecedente da norma que se encontra a descrição (por linguagem competente) de um evento de possível ocorrência, não determinado no espaço e no tempo (abstratas) ou de um evento previsto na norma abstrata ocorrido empiricamente no espaço e tempo determinados (concretas).

Nas palavras do ilustre professor, será abstrata se no antecedente contiver “apenas a indicação de classes com as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico”¹⁰⁴. E concreta quando houver “um enunciado protocolar

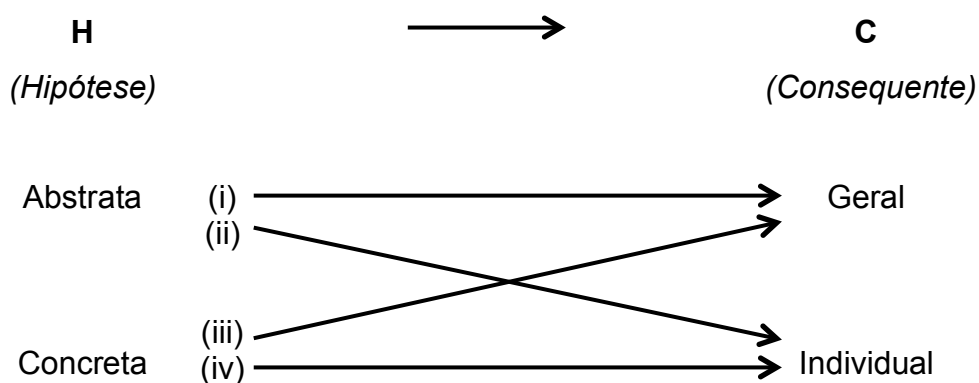
¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001; p. 177-187.

¹⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 201.

denotativo que se obteve pela redução à unidade das classes de notas (conotação) do antecedente”¹⁰⁵ da regra abstrata.

As normas gerais e individuais, por sua vez, são qualificativas do consequente normativo por referirem-se aos sujeitos da relação, que podem estar determinados (individuais) ou não (gerais). Assim, as normas gerais contêm “a indicação de classes com as notas que uma relação tem de ter para ser considerada como relação jurídica”¹⁰⁶, isto é, não há ainda um vínculo relacional, apenas os critérios para determiná-lo. Já nas individuais, os seus sujeitos estarão determinados, havendo, propriamente, uma relação jurídica.

Com isso em vista, e, considerando que o antecedente e o consequente de uma norma são elementos que não se misturam, as possibilidades combinatórias entre as normas nesta classificação são: (i) normas abstratas e gerais; (ii) normas abstratas e individuais; (iii) normas concretas e gerais; (iv) normas concretas e individuais. Esquematizando, teremos:



É possível aferir que entre as normas abstratas e gerais (i) até as normas concretas e individuais (iv) há um vínculo de subordinação, sendo aquelas fundamento de validade destas. Logo, as normas abstratas e gerais, tendencialmente, se concentram nos escalões mais altos do sistema do direito positivo, originando

¹⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 201.

¹⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 201.

normas abstratas e individuais, concretas e gerais, e concretas e individuais. À passagem da abstração e generalidade para a concretude e individualidade dá-se o nome de processo de positivação.

O processo de positivação se dá pela aplicação do direito, em seu aspecto dinâmico. Nesse viés, Tárek Moussallem, com base nos ensinamentos de Riccardo Guastini, ressalta que aplicar o direito é o mesmo que criar o direito: “aplicar é realizar uma jogada dentro do jogo do direito positivo para criação de uma norma de hierarquia inferior àquela reguladora de sua produção”¹⁰⁷.

Ademais, a aplicação/criação de normas se dará por autoridade credenciada para tanto pelo sistema, isto é, competente. O evento, por si só, não ingressa no sistema do direito positivo por carecer de linguagem competente. Assim, um antecedente abstrato se tornará concreto quando ocorrer um evento nos exatos moldes descritos pela hipótese abstrata e este for relatado por linguagem competente de uma autoridade, tornando-o fato jurídico.

Imagina-se um juiz competente que, no exercício do seu ofício e devidamente provocado pela parte, aplica uma norma abstrata e geral prevista no Código Civil ao caso concreto, individualizando a norma abstrata e geral por meio da criação de uma nova norma, agora concreta e individual: a decisão judicial. Ao efetuar a aplicação, a autoridade competente cria norma, inferior hierarquicamente àquela que lhe serviu de fundamento de validade: eis o processo de positivação normativa.¹⁰⁸

Há a aplicação de uma norma abstrata sobre um evento ocorrido, há a subsunção do fato à norma abstrata, há a incidência da norma abstrata sobre o fato, emergindo o fato jurídico sobre o qual é imputada uma relação jurídica como consequência. Logo, não existe cronologia entre os momentos da aplicação e da incidência, como bem explica Gabriel Ivo:

Separar os dois momentos como se um, o da incidência, fosse algo mecânico ou mesmo divino que nunca erra ou falha, e o outro, o da

¹⁰⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 91.

¹⁰⁸ Cabe ressaltar que, além do Judiciário, o Legislativo, o Executivo e o próprio particular (no caso de lançamento tributário por homologação ou com a petição inicial, como veremos a seguir) aplicam e criam normas – basta que o sistema lhes confira competência por meio de normas de produção normativa.

aplicação, como algo humano, vil, sujeito ao erro, é inadequado. É pensar que nada precisa de interpretação. E mais, a incidência automática e infalível reforça a ideia de neutralidade do aplicador. Assim, a incidência terá sempre o sentido que o homem lhe der. Melhor: a incidência é realizada pelo homem. A norma não incide por força própria: é incidida.¹⁰⁹

Enfim, considerando que as quatro espécies normativas aqui trabalhadas podem ser descumpridas e, assim, ensejar a coerção pelo Estado-juiz por meio de processo judicial, todas elas são relevantes para o nosso estudo.

2.9 A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A relação jurídica tem grande importância neste trabalho, pois é daí que alguns conceitos, como o de *processo*, *direito subjetivo* e *dever jurídico* emanam. Pontes de Miranda, embora priorize o conceito de *fato jurídico*, corrobora a relevância da relação jurídica:

A noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas.¹¹⁰

Na mesma linha, Giuseppe Chiovenda assume “o conceito de relação jurídica é fundamental no estudo do processo.”¹¹¹

Após o estudo da norma jurídica em sua composição completa, pode-se constatar que a norma primária regula as condutas intersubjetivas, buscando estabelecer direitos e deveres contrapostos. Por isso, a relação jurídica referida no consequente da norma primária é de caráter material. Em contrapartida, a relação jurídica prescrita no consequente de uma norma secundária é de índole processual, pois regula a dinâmica da concretização do direito material, estabelecendo direitos e deveres das partes em relação ao Estado-juiz e vice-versa.

Destarte, aquele que tem (ou que acredita ter) a pretensão (de direito material) procura o Estado-Juiz, para o exercício do direito de prestação jurisdicional, a fim de que o pretense direito subjetivo material seja em juízo discutido. Forma-se, então,

¹⁰⁹ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: Produção e controle*. São Paulo, Noeses, 2006; p. 62.

¹¹⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000; p. 20.

¹¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942; p. 28.

uma relação jurídica diferente daquela de direito material, representada por uma norma jurídica também distinta.

É inegável a interdependência e complementariedade entre ambas as normas, de modo que a norma primária sem a secundária queda-se desjuridicizada, ao passo que a secundária sem a primária é meio sem uma finalidade, um mero instrumento.

A norma secundária, ao prescrever o processo judicial em seu consequente, é responsável por iniciar a atividade de produção normativa, isto é, o Estado-juiz, provocado, tem o dever de exercer a jurisdição, em contraposição ao exercício do direito de ação pelo sujeito ativo, proferindo, ao final, uma decisão (norma jurídica primária). É neste contexto que Tárek Moussallem traz como uma das definições de “atuação judicial” a atividade exercitada pelo órgão jurisdicional, chamada pelo autor de *positivação-enunciação*¹¹², que visa primordialmente a criação normativa.

Por conseguinte, a norma secundária proporciona a positivação normativa por meio da enunciação, ou seja, a produção de uma nova norma pela autoridade competente (julgador). Essa nova norma como produto do processo judicial pode ser: geral ou individual, mas sempre concreta. Isso porque os consequentes podem ter sujeitos determinados ou indeterminados, mas sempre o antecedente descreverá um fato ocorrido, aquele que foi trazido aos autos do processo.

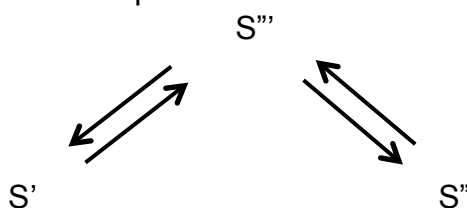
O descumprimento da norma jurídica primária não implica tão somente em uma relação jurídica processual entre sujeito ativo da relação material (S') e Estado-juiz (S''), mas também em uma outra relação jurídica entre sujeito passivo da relação material (S'') e Estado-juiz (S''). Dessa forma, leciona o doutrinador pernambucano:

A uma relação jurídica material R, entre A e B, sucede outra relação jurídica formal (processual) entre A e C (órgão C que concentrou o emprego da coação) e entre C e B. Figuradamente, se a relação material era horizontal,

¹¹² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006; p. 73. Além desta acepção, o autor destaca outros quatro sentidos que a expressão “atuação judicial” pode ter, quais sejam: (i) direito subjetivo de ação; (ii) fatos enunciativos da positivação (enunciação-enunciada); (iii) produto do procedimento lançada pelo Poder Judiciário (positivação enunciado-enunciado); (iv) a *coação* (execução forçada), nos casos em que o produto do procedimento for uma norma concreta e individual de conduta.

unilinear, a relação formal fez-se angular: não se desenvolve linearmente de A para B, pois conflui em C. Perfaz-se outra relação R'.¹¹³

A relação jurídica processual pode caracterizar-se por ser (i) o exercício do direito de ação por S' contraposto ao dever de jurisdição do Estado-juiz (S'') e (ii) o exercício do direito de defesa por S'' contraposto ao dever de citação do Estado-juiz (S'). O termo comum dessas relações lineares é o órgão jurisdicional, pois cabe a ele o exercício da coerção estatal, circunstância que perfaz a angularidade da relação jurídico-processual referida por Vilanova.



A angularidade supra, porém, não é necessária, pois existem situações em que não há a contraparte processual, como nos casos em que não há contencioso¹¹⁴, quando o réu opte por não se defender¹¹⁵, ou quando o processo judicial é extinto antes da citação do réu.

Ademais, a angularidade não deve significar prevalência do Estado-juiz em relação a S' e S'', pois em uma relação jurídica não há superioridade de um sujeito em relação a outro (direitos e deveres são recíprocos, considerando que cada relação jurídica possui uma relação conversa de mesma intensidade). A representação apenas quer indicar que o processo pode envolver mais de uma relação, mas sempre com um termo em comum: o órgão julgador.

Ao falar de relação jurídica processual, não se pode deixar de lado o fato de que não há univocidade de sentido acerca do símbolo *processo* na Ciência do Direito. Apenas para ficarmos com estas, destacamos pelo menos cinco acepções para o termo *processo*: (i) processo como meio por meio do qual se realiza algo; (ii)

¹¹³ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 189.

¹¹⁴ Mesmo assim, o juiz exerce a jurisdição, homologando um acordo, por exemplo.

¹¹⁵ O direito subjetivo processual de defesa não é obrigatório. Por isso, afirmam-se tratar de ônus, e não de dever jurídico – o réu tem o direito ou não de se defender, mas uma vez exercitado esse direito, há um dever a ele contraposto titularizado pelo Estado-juiz. Neste sentido: VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 191.

processo como um conjunto de atos; (iii) processo como documento normativo (autos); (iv) processo como atividade de produção normativa (enunciação); (v) processo como relação jurídica angular (ou linear, caso não haja citação ou manifestação do réu que angularize dita relação), vocacionada à produção de normas (decisões judiciais).¹¹⁶

Aqui, o *processo* será trabalhado no último sentido, ou seja, como a relação jurídica entre o autor e Estado-juiz e entre o réu e o Estado-juiz prescrita no consequente da norma secundária (basta a primeira relação jurídica para haver processo, a segunda é prescindível). Nele, diferente do que ocorre nas relações jurídicas materiais, um dos termos será sempre o órgão judicial, não havendo relação direta entre S' e S'' (partes do processo). Dito de outro modo, o processo é uma série ordenada de relações (que podem ir além da que prescreve o direito de ação e o direito de contestação¹¹⁷); todavia, em âmbito da norma secundária, S' não terá direitos e deveres em relação a S'' ou vice-versa. É por isso que a relação jurídica processual não deve ser representada como triangular, mas como angular a partir da citação (antes disso é meramente linear).

Dessa forma, a petição inicial dirige-se ao Estado-juiz e não ao réu, do mesmo modo que a contestação, como bem explica Pontes de Miranda:

Tanto o réu não é sujeito da relação processual entre autor e ele, que a petição se dirige ao juiz, não como intermediário entre ele e o réu, e sim como órgão do Estado, com poderes para aplicar o direito que incidiu no caso e resolver as questões. Em nenhum ponto da petição o autor invoca a outra parte, ou lhe expõe fatos ou pontos de direito. Trata-o com o Estado; e com o Estado é que a outra parte tratará, *desde a citação*; que o autor requer e é ordenada pelo Estado.¹¹⁸

Aproveitando o ensejo da noção normativa dúplice, observa-se que a relação jurídica material é veiculada no bojo da ação, sendo preexistente à relação jurídica processual, que se forma a partir da instauração da ação. A relação processual não

¹¹⁶ Em um estudo semântico mais detido sobre o vocábulo *processo*, Paulo Cesar Conrado identificou dez significados distintos atribuídos ao termo (*Processo tributário*. 3ª ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2012; p. 19 e 20).

¹¹⁷ O processo é uma relação jurídica complexa, pois pode originar mais de uma relação jurídica, seja a referente ao direito de prestação à tutela jurisdicional (entre o autor e o órgão jurisdicional), seja ao direito de defesa (entre o réu e o órgão jurisdicional), dentre outras como o direito à apresentação de provas, ao arrolamento de testemunhas, à assistência judiciária gratuita, etc.

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 11.

é desligada da relação material; pelo contrário, elas são interdependentes: esta não tem razão de ser se não houver a possibilidade de *sanção-coerção* pelo Estado-juiz; aquela só se justifica diante de uma alegação de violação ou ameaça de violação a direito material.

O exercício do direito de ação é ato facultativo, e resolver exercitá-lo significa permitir a incidência de norma jurídica, a norma jurídica secundária. Na relação originada pela norma secundária, caso o Estado-juiz conclua que a relação jurídica material foi negada, ou melhor, que foi descumprido o consequente da norma jurídica primária, ele tem o poder-dever de impor *sanção-coerção* sobre o réu.

A afirmação do descumprimento do consequente da norma primária na inicial é que dá ensejo ao surgimento da norma secundária, pois dita afirmação consiste no próprio antecedente da norma secundária. Outrossim, a verificação *in concreto* pelo magistrado acerca da alegação de uma violação ou ameaça de direito material pelo autor e da procedência do pedido é que levará ao provimento da ação, por meio da sentença, que consiste em uma norma jurídica *lato sensu* reguladora das relações substantivas entre o autor e o réu e que, por não envolver mais o Estado-juiz coercitivo em um dos polos (aqui, ele atua como mero agente competente que insere o enunciado no sistema), trata-se de norma primária (sempre concreta).

3 ESTABELECENDO ALGUNS CONCEITOS: AÇÃO E CONDIÇÃO DA AÇÃO

Para enumerar quais são as condições da ação, é imperioso definir o que vem a ser *ação* e, assim, *condições da ação*. Ocorre que *ação* é termo polissêmico, podendo vir a ser definida como: (i) o direito material violado em exercício; (ii) o exercício do direito abstrato de agir; (iii) a relação jurídica processual; (iv) o direito a uma sentença de mérito; (v) o direito a uma sentença justa; (vi) o julgamento procedente do pedido, dentre outros.

Muitas dessas acepções estão atreladas às teorias da ação, formuladas pela doutrina para compreender o objeto de estudos, que se sucedem no tempo. Não é o escopo do presente trabalho a análise pormenorizada de cada uma das teorias da ação, mas será feita uma retrospectiva dos principais pontos, a fim de que se conheça melhor a evolução dogmática, pois os conceitos jurídicos não surgem do nada, são frutos de um processo histórico-evolutivo. Cada uma das teorias foi desenvolvida em determinada época, sob a regência de certo sistema positivo. Sobre o assunto, pondera Rodrigo Dalla Pria:

O que não é justificável [...] é que juristas contemporâneos levantem bandeiras em favor de uma ou outra Teoria da ação como se a noção de “ação”, pudesse ser tratada como um conceito absoluto e imutável. Tal postura ignora o fato de que o conceito de ação, antes de qualquer coisa, é jurídico-positivo e não lógico-jurídico.¹¹⁹

Dizer que o conceito de *ação* é jurídico-positivo significa que ele é construído com base em determinado sistema de direito positivo e, por isso, é individual e histórico, referindo-se ao sistema jurídico vigente em certo lugar e em certo tempo. Em contrapartida, os conceitos lógico-jurídicos são elaborados mediante a análise da estrutura do fenômeno jurídico, pautando-se nos traços em comum que as suas diversas manifestações possuem e, por isso, têm a pretensão de validade universal¹²⁰. Nota-se, assim, que, ao passo que o conceito de *ação* é jurídico-positivo, os conceitos vistos nos capítulos anteriores (suporte fático, signo, significação, sistema, norma jurídica, fato jurídico, relação jurídica, etc.) são lógico-

¹¹⁹ PRIA, Rodrigo Dalla. *Teoria geral do processo tributário*. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010; p. 84.

¹²⁰ Sobre os conceitos lógico-jurídicos e jurídicos-positivos, consultar: DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*: essa desconhecida. Salvador: Jus Podivm, 2016; p. 49 a 60.

jurídicos. Portanto, pode-se aferir que os conceitos lógico-jurídicos servem de base para a construção de conceitos jurídico-positivos.

A seguir, buscar-se-á fazer uma breve exposição teórica, diferenciando os principais conceitos de ação e, com isso, desvendar (ou mitigar) as polêmicas que regem as chamadas *condições da ação*, sobretudo a partir das modificações instauradas com o novel diploma processual civil.

3.1 TEORIAS DA AÇÃO: NOÇÕES BÁSICAS

Os primeiros que tentaram sistematizar a ação no contexto processual partiram do conceito da *actio* romana, trazendo a ideia de Celso, consoante quem a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*actio aliud non est quam jus quod sibi debeat in iudicio persequendi*). Dessa forma, a teoria imanentista ou civilista¹²¹ entendia que a ação “aparecia como simples aspecto ou momento do direito subjetivo material, não sendo compreensível nem admissível desligada ou independente dele”¹²². Nota-se uma visão privatística da ação, pois inerente ao direito subjetivo material (daí teoria “imanentista”).

A principal crítica apontada a essa teoria consiste no fato de que ela não explicaria os casos em que há sentença de improcedência, isto é, o direito material não é reconhecido¹²³, caso em que não se poderia dizer que houve ação. Isso ocorre porque o conceito civilista caba confundindo dois planos distintos: o direito material supostamente violado e o direito a uma tutela jurídica estatal.

A reelaboração do conceito da ação, com o reconhecimento de sua autonomia em relação ao direito material se deu a partir do célebre embate entre os romanistas Bernhard Windscheid e Theodor Mütther, acerca da *actio* romana e na sua correspondência (ou não) à ação (*klage*) no contexto alemão da segunda metade do

¹²¹ O precursor desta teoria é Friedrich Savigny. No mesmo viés, dentre outros: Eugène Garsonnet, Luigi Mattiolo e, entre nós, João Monteiro, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espíndula e Câmara Leal.

¹²² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 18. Nessa esteira, esclarece o autor na página seguinte: “A ação estaria contida no direito subjetivo material, como se for a, numa representação gráfica, um círculo inscrito no círculo de maior raio, representativo do direito substancial.”

¹²³ Nesse sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. V. 1. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 94.

século XIX. Do embate, mais complementar que antagônico¹²⁴, concluiu-se que a pretensão de direito material – *anspruch* – distinguia-se do direito de ação – *klagerecht*. Logo, a ação seria um direito público subjetivo, mas distinto do direito que se visa proteger, apesar de ter por pressuposto a existência desse direito e a sua violação.¹²⁵ Sob tais premissas, duas correntes principais passaram a explicar a natureza da ação autônoma: (i) a teoria concreta; (ii) a teoria abstrata.

O alemão Adolf Wach, precursor da teoria concreta, entendeu a ação como direito autônomo, com fundamento em um direito subjetivo material dirigido contra o Estado (proteção jurídica) e contra a parte ré (sujeição). Todavia, o direito de ação estava condicionado à existência de um direito material violado ou de um interesse protegido; logo, e mais uma vez, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável, ou seja, quando fosse procedente o mérito e, consequentemente, estivessem presentes as condições para tanto.

Foi a teoria concreta a primeira a se referir a condições para o provimento do mérito, sendo elas: (i) existência do direito violado ou ameaçado; (ii) a identidade de titularidade com a relação de direito material; e (iii) o interesse que o autor tem no bem que se revela o seu direito.¹²⁶

A esta teoria, filia-se o italiano Chiovenda¹²⁷, que, num desdobramento, enxergou a ação como um direito potestativo, ou seja, não era um direito subjetivo público em face do Estado, mas um poder que “dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição”¹²⁸.

¹²⁴ “Bernhard Windscheid destacou a ação como um direito ao provimento do juiz, independentemente de seu direito subjetivo material, enquanto Theodor Muther foi quem primeiro introduziu a ideia de que a ação seria um direito subjetivo público do autor perante o Estado (e não contra o réu).” (JÚDICE, Mônica Pimenta. Uma análise pragmática do conceito de ação no direito processual civil contemporâneo. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer; DELFINO, Lúcio; *et al.* (Coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; p. 344).

¹²⁵ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 182.

¹²⁶ Cf. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; p. 29.

¹²⁷ Sobre o conceito de ação para Chiovenda, consultar no original: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; p. 273.

Verifica-se que, apesar de Wach e Chiovenda considerarem autônoma a ação em relação ao direito subjetivo, acabam condicionando a existência do direito de ação à procedência do direito material. E é daí que emanam as principais críticas a esta corrente, pois não se explicaria satisfatoriamente uma ação julgada improcedente e todos os atos processuais praticados nela até a sentença. Haveria jurisdição, mas não haveria ação?

Para tentar responder a essa indagação, surge a teoria abstrata, cunhada por Heinrich Degenkolb (Alemanha) e Alexander Plósz (Hungria), conforme a qual o direito de ação seria incondicionado contra o Estado e se traduziria no direito a uma decisão, seja ela favorável ou não. “O direito de ação é o direito à jurisdição, direito concedido *ut civis*, *abstraindo-se* da existência ou inexistência de qualquer direito material.”¹²⁹ Destarte, seria o direito de ação preexistente à demanda, sendo esta o instrumento por meio do qual o direito é exercido.

O direito abstrato de agir decorria da própria condição humana e da impossibilidade de autotutela dos interesses no estágio atual da cultura, sendo por isto reconhecido a todo indivíduo o direito de invocar a proteção do Poder Público para solução que lhe pareça violar ou ameaçar direito próprio.¹³⁰

Assim, há ação mesmo se uma sentença justa negar a pretensão do autor ou se uma sentença injusta a acolher sem que o direito material exista.¹³¹

As críticas sobre o abstrativismo recaíam sobre a afirmação de que se confundia o direito de ação com o direito de petição. Ademais, incorriam em grave equívoco, ao distanciarem-se da função instrumental do processo.

E a ação, como instituto fundamental do direito processual, somente deve ser considerada existente se a iniciativa da parte, além de afastar a inércia da jurisdição, fizer com que essa atividade estatal atinja seu objetivo maior, qual seja, a aplicação e a atuação do direito material ao caso concreto,

¹²⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 20.

¹³⁰ COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto. *Lições de teoria geral do processo*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1996; p. 117.

¹³¹ Alfredo Rocco, na Itália, seguindo a corrente abstrata, acrescenta que ao lado do interesse primário tutelado pelo direito material, há o interesse secundário, que consiste na pretensão do particular a que o Estado elimine obstáculos e ameaças à satisfação do interesse primário. Carnelutti, também abstrativista, vê a ação como dirigida contra o juiz e não contra o Estado. Couture, por sua vez, concebe a ação como categoria constitucional do direito de petição. (DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; p. 274).

eliminando a crise deduzida na inicial e pacificando.¹³²

Nesse contexto, Enrico Tulio Liebman¹³³, asseverando que a teoria abstrata ainda era insuficiente para explicar o direito de ação, chegou a uma ideia intermediária, culminando na denominada teoria eclética. Sustentou guardar o direito de ação correspondência com a jurisdição, de modo que nos casos em que não há o exame do mérito por parte do juiz não há ação, nem tampouco jurisdição. Em outras palavras, a ação seria o direito à sentença de mérito.

É uma posição eclética, pois embora a ação seja abstrata quanto ao resultado, fazendo-se presente tanto na decisão de procedência como de improcedência, teria um lado concreto ao só ocorrer diante da observância de certos requisitos, as nomeadas *condições da ação*, cuja ausência inviabilizaria o exame do mérito.

Por conseguinte, para o autor italiano, a análise das condições da ação pelo juiz não implicaria em jurisdição e nem, consequentemente, na existência de ação, sob o argumento de que

recursar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda propriamente julgar: são atividades que por si próprias nada tem de jurisdicionado e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição.¹³⁴

Não obstante já se falar em condições da ação desde a teoria concreta, a doutrina eclética dá um especial destaque a elas. Inicialmente, Liebman teria pontuado três condições: o interesse de agir (interesse do autor para obter o provimento desejado), a legitimação para agir (pertinência da ação àquele que a propõe e contra quem se propõe) e a possibilidade jurídica do pedido (pedido não vedado ou previsto em lei). Essa estrutura acabou prevista no teor do Código de Processo Civil de 1973 (*vide* artigos 267 e 301), segundo o qual, faltando um dos mencionados requisitos, havia a carência de ação e o juiz devia escusar-se de analisar o mérito da demanda. Contudo, no mesmo ano em que o nosso então Código de Processo Civil foi editado,

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009; p. 46.

¹³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 2ª ed. Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editora, 1968.

¹³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense*, 104/224-225. In: MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006; p. 26.

Liebman publicou a terceira edição de seu Manual de Direito Processual Civil, a partir da qual reduziu para apenas duas condições da ação, retirando a possibilidade jurídica do pedido deste rol, incluindo-a como elemento integrante do interesse de agir¹³⁵.

Ademais, buscando evitar os mesmos equívocos cometidos pela teoria abstrata, o processualista italiano também distingue a ação constitucional da ação processual. Neste diapasão, afirma que o direito de ação consagrado na Constituição corresponderia ao *direito de petição*, abstrato e incondicionado, sendo o simples fundamento sobre o qual se baseia a ação processual, instrumentalmente conexa ao direito material e condicionada aos pressupostos processuais e condições da ação¹³⁶. Portanto, as condições da ação aí não seriam questões de mérito e nem questões de admissibilidade, mas simplesmente questões relacionadas à ação, de modo que, diante da carência de ação, o autor teria apenas exercido o direito constitucional de ação.

Apesar de visar à solução de problemas que as teorias da ação enfrentavam até então, a teoria eclética não ficou isenta de críticas. Calmon de Passos, com base nos escritos de Victor Guillén, alega que Liebman não teria esclarecido a natureza da atividade desenvolvida pelo juiz nos casos de carência de ação, nem se na hipótese há ou não processo, apesar de não haver ação. Prossegue o autor afirmando que a função jurisdicional não se traduz exclusivamente no pronunciamento final do juiz. Assim, leciona que o

[...] processo nada mais é que o desenvolvimento da jurisdição para que esta realize, com a decisão da lide, seu objetivo final. Inclui-se, pois, na jurisdição, aquela atividade do juiz através da qual ele examina o seu próprio dever de apreciar o mérito da causa, de se pronunciar sobre a pretensão de fundo [...]. A atividade jurisdicional é toda a atividade que se dirige para o pronunciamento final.¹³⁷

Em outro aspecto, ponderou-se sobre a natureza das condições da ação, que, uma

¹³⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984; p. 155.

¹³⁶ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. V. 1. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 94. Sobre o assunto, também: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; p. 275.

¹³⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 33/34.

vez instrumentalmente relacionadas ao direito material tutelado, acabavam dificultando a delimitação entre o que seria mérito e o que seria condição da ação.

Diante de tais dificuldades, surgiu uma concepção doutrinária, a teoria da asserção, segundo a qual o exame das condições da ação deve ser feito mediante a simples indicação pelo autor na petição inicial (*in status assertionis*), independentemente das razões da contestação e das provas do processo. Portanto, o limite entre a análise das condições da ação e do mérito seria dado pelo grau de cognição exercido pelo magistrado.

Neste ponto, Kazuo Watanabe afirma que as condições da ação seriam aferidas no plano lógico da mera asserção, mediante o confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor com o esquema abstrato da lei¹³⁸. Positiva tal aferição, deve-se prosseguir para o julgamento de mérito¹³⁹.

3.1.1 A ação para os processualistas contemporâneos

No contexto do Estado Democrático Constitucional e, buscando mitigar o tecnicismo, surge a doutrina instrumentalista¹⁴⁰ e, posteriormente, aperfeiçoando as falhas do instrumentalismo, atinge-se uma nova fase metodológica do processo, o formalismo-valorativo¹⁴¹.

Sem nos atentarmos às peculiaridades de cada uma das correntes¹⁴², o importante é esclarecer que os processualistas contemporâneos voltam-se a uma dimensão

¹³⁸ Alguns autores (como Barbosa Moreira e Machado Guimarães) entendem que para proceder uma análise *in statu assertionis*, deve-se admitir provisoriamente que as afirmativas feitas pelo autor são verdadeiras. Todavia, concordamos com Watanabe ao dispor que não há qualquer necessidade de presumir verdadeiros os fatos alegados, bastando o mero confronto entre o afirmado e o disposto na lei.

¹³⁹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 93.

¹⁴⁰ Ganhou espaço no Brasil com a Escola paulista de processo, tendo como maior pensador Cândido Rangel Dinamarco.

¹⁴¹ Concebido no seio da escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Outras escolas apoiam a existência de uma nova fase, porém com denominações próprias, como neoprocessualismo ou ainda neoinstitucionalismo.

¹⁴² De forma sucinta, pode-se dizer que o instrumentalismo caracteriza-se por entender o processo como mero instrumento, atribuindo à jurisdição uma posição central no sistema processual e cabendo ao julgador um papel declaratório, de declarar o que está preestabelecido em lei. Já o formalismo-valorativo coloca o processo (e não a jurisdição) no centro da Teoria Processual, como técnica apta a proteger os direitos dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores e entende que a finalidade da atividade cognitiva processual é reconstrução do direito positivo pelos aplicadores do direito.

ampliada do processo, com vistas para o *externo* e não somente para o seu *interior*, sendo o seu objetivo primordial a entrega de uma tutela jurisdicional adequada e mais próxima do ideal de justiça. Para eles, o processo passa de um instrumento puramente técnico para um instrumento ético¹⁴³, pois o isolamento demasiado entre o processo civil e o direito material ensejou o formalismo excessivo da fase autonomista, que acabava por impedir a realização plena do direito material deduzido em juízo, dando azo a injustiças.

Neste contexto, Mitidiero pondera que, sem se descuidar da refinada dogmática já conquistada pelo direito processual civil, este passa a ser visto como um instrumento a serviço do direito material, atento aos seus escopos sociais, políticos e jurídicos¹⁴⁴. Da mesma forma, Ada Pellegrini Grinover *et al.* ressaltam que a ação é conexa com uma situação jurídica concreta¹⁴⁵.

O processo continuaria a ser ciência autônoma, mas não uma ciência isolada como compreendiam os processualistas/autonomistas. Essa nova postura concede uma relativização do binômio direito material-processo, reaproximando o direito material do processual¹⁴⁶, para que, assim, as formalidades processuais não impeçam a sua consecução, fato que reflete no conceito de *ação*.

O direito de ação, nesta ótica, seria a aplicação do binômio efetividade-segurança no processo. A segurança estaria ligada à qualidade da lei e previsibilidade do direito; a efetividade relacionada à inafastabilidade da jurisdição, sendo tal jurisdição eficiente, efetiva e justa, sem dilações temporais ou formalismos excessivos. Assim defende Álvaro de Oliveira¹⁴⁷, acrescentando que o processo deve visar à realização da

¹⁴³ MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Vol. X, nº 3, 2015; p. 257. Disserta o autor que a ética estaria no fato de que agora o processo está destinado a servir à sociedade e ao Estado.

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015; p. 34.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011; p. 278.

¹⁴⁶ Aqui cabe uma crítica aos que defendem a reaproximação do binômio direito material-processual: o direito positivo, como sistema, não possui elementos isolados, de forma que o direito material e o processo sempre estiveram indissociavelmente relacionados. O que mudou foi a perspectiva do intérprete, isto é, do cientista.

¹⁴⁷ Cf. ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista de Processo*, ano 31, v. 137, São Paulo: RT, jul. 2006; p. 13-20.

justiça material e à paz social, entendidos como axiomas externos, culturais e próprios de cada indivíduo.

No ponto, destacamos que a introdução de elementos *externos* ao sistema do direito positivo por esta corrente doutrinária (como a ética, a justiça e a efetividade) enseja alguns descuidos quanto ao método adotado e incongruências internas, pois o objeto de estudos da Ciência do Direito é um sistema de normas jurídicas caracterizado pela unicidade, não cabendo ao cientista, ao menos neste trabalho, discorrer sobre sistemas alheios ao direito positivo, ainda que com ele possam interagir (mas nunca alterar!). Se há que se falar em alguma “justiça material” e “paz social”, elas devem estar previstas dentro do sistema do direito positivo; caso contrário, trata-se de objeto de estudos de outra Dogmática que não a Ciência do Direito.

Mesmo assim, cabe reproduzir uma interessante ponderação feita por um dos “formalistas-valorativos” atuais, Hermes Zaneti, que, com base nos escritos de Carnelutti¹⁴⁸, afirma que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular, uma vez que “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”¹⁴⁹, utilizando a expressão *teoria circular dos planos* para designar a interdependência e a complementariedade entre os planos do direito material e processual.

A ação é tida como um movimento circular, sendo que o direito material se realiza por meio do processo, mas o direito material também serve o processo, dando-lhe o conceito, o destino, o projeto, o sentido. Ou, na metáfora utilizada por Fredie Didier, a relação entre o processo e o direito material se assemelha àquela entre o engenheiro e o arquiteto: “o direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho”¹⁵⁰.

Ora, este entendimento, ainda que sob outro parâmetro metodológico, se aproxima

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1960. Vol. 35. nº 4; p. 539-550.

¹⁴⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014; p. 191.

¹⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 41.

da visão lógica do direito, em que uma norma jurídica, para ter uma estrutura completa requer uma norma primária, de direito material, e uma norma secundária, de direito processual.

Apesar da abertura cognitiva, a concepção contemporânea da ação é de certa relevância para compreender as condições da ação, porquanto se entende que o instituto é um ponto de conexão entre o direito processual e o direito material. Nas palavras de Dinamarco:

Se ao longo da sua estrutura os dois planos [processual e material] do ordenamento jurídico se mantêm paralelos e afastados a boa distância, com separação razoavelmente nítida para os entendidos, em pelo menos três momentos eles se aproximam tanto, que alguma confusão é possível, gerando dúvidas e polêmicas a envolver até os mais preparados. Trata-se das condições da ação, da disciplina da prova e da responsabilidade patrimonial [...]¹⁵¹.

3.2 A POLISSEMIA QUE REGE O SIGNO AÇÃO

É inegável a repercussão que o conceito de *ação* gera no mundo jurídico¹⁵², fruto de um apego dos cientistas aos dogmas historicamente cristalizados. As diversas teorias da ação, assim, foram desenvolvidas por estudiosos pertencentes a um determinado quadro socioeconômico em certa época e, principalmente, envolvidos em um sistema de direito positivo próprio. Em consequência, mostra-se inviável adotar uma ou outra teoria da ação como se o conceito de *ação* fosse universal e imutável. Ora, o direito é fenômeno cultural, que regulamenta a sociedade, dinâmica por natureza, estando o sistema positivo em constante mutação.

Ainda assim, se analisarmos a linguagem aplicada pelos juristas no tempo, veremos que as diversas correntes não são de todo incompatíveis entre si, pois o problema está na imprecisão da linguagem científica e no sistema positivo a que se refere. Define-se ação ora como sinônimo de processo, ora como de direito de ação, ora como pronunciamento de mérito, ou ainda como exercício do direito de ação. Tentaremos, então, separar cada uma dessas ações, buscando desvendar os conceitos jurídico-positivos de *ação*.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; p. 215.

¹⁵² Neste diapasão, Alexandre Câmara chega a afirmar que as teorias sobre a ação é “tema dos mais polêmicos, senão o mais polêmico de toda a ciência processual” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; p. 107).

3.2.1 Ação-norma abstrata e geral, ação-norma concreta e individual

O *direito de ação* é a *ação-faculdade*: é garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV), sendo pré-existente à própria violação do direito material, estando desvinculado, pois, das condições da ação. É o direito que todo cidadão tem de dirigir-se ao Judiciário e obter a tutela dos seus direitos por uma decisão – independentemente do seu conteúdo –, nomeado por Liebman de “ação constitucional”.

A *ação-faculdade*, assim, é uma faculdade do sujeito-de-direitos – pode ser que, mesmo lesado, ele não provoque o Estado-juíz para fins de *sanção-coerção*. Ela existe ainda que não se queira exercitá-la. Logo, “a ação [...] é um ato voluntário e livre, que pode não ser exercido se os interessados conseguiram resolver o seu conflito por outro meio, ou se deixaram, inclusive, deliberadamente sem solução.”¹⁵³

Dito de outro modo, o sujeito ativo, privado do direito subjetivo de autoaplicar a coação, possui o direito subjetivo a obter a tutela jurisdicional do Estado-juíz, para que este aplique a coerção. Trata-se do direito de ação ou ação-faculdade¹⁵⁴.

Como consiste em direito público subjetivo e abstrato do cidadão, todos podem, indistintamente e em qualquer situação, exercer o direito de ação, o que não se confunde com a existência, *in concreto*, de um direito material violado/ameaçado¹⁵⁵. A verdade é que, havendo ou não um descumprimento do consequente normativo de uma norma primária no mundo dos fatos, qualquer um pode exercitar, com a petição inicial, o direito de ação conferido abstratamente, fazendo incidir uma norma

¹⁵³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 72.

¹⁵⁴ Sobre o assunto, Rodrigo Dalla Pria assevera que do art. 5º, XXXV da CF, podem-se extrair dois conceitos de ação: (i) a ação-petição, como direito subjetivo de provocar o Judiciário, e (ii) a ação-resposta, como dever de jurisdição diante da provocação do Judiciário. Ressaltamos, porém, que, em nosso entendimento, tal classificação consiste nas duas faces de uma só norma, cujo consequente é composto por um direito (ação-faculdade) em contraposição a um dever (tutela jurisdicional ou, como prefere o autor, “ação-resposta”). (*Teoria geral do processo tributário*. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010; p. 85 e 86)

¹⁵⁵ Do mesmo modo, Fredie Didier aduz: “Não se pode confundir [...] o *direito de ação* com o direito que se afirma ter quando se exercita o direito de ação. [...] o direito de ação permite a afirmação em juízo de *qualquer* direito material. Por isso, diz-se que o direito de ação é *abstrato*, pois independe do conteúdo do que se afirma quando se provoca a jurisdição.” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 284).

abstrata e geral sobre um fato concreto, por mais absurdo que seja o pedido dirigido ao Estado-juiz. A ação-faculdade, assim, integra uma norma secundária abstrata e geral, podendo ser também denominada *ação-norma abstrata e geral*, expressão que adotaremos daqui para frente.

Vale pontuar que a ação-norma abstrata e geral, apesar de espécie de direito subjetivo, distingue-se do direito material supostamente violado¹⁵⁶ pelo caráter processual (ainda que potencial). Nesse sentido, aduz Lourival Vilanova: “A todo direito corresponde uma ação – em sentido de pretensão material – e a toda lesão de direito subjetivo ficará aberta a via judiciária –, pretensão ou direito subjetivo processual”¹⁵⁷.

Assim, aquele que tem (ou que acredita ter) a pretensão (de direito material) procura o Estado-Juiz, para o exercício do direito de prestação jurisdicional, para que o pretense direito subjetivo material seja em juízo discutido com uma nova figura criada, o réu. Forma-se, então, uma relação jurídica diferente daquela de direito material, representada por um juízo hipotético-condicional também distinto, fruto da positivação da ação-norma abstrata e geral.

O exercício do direito de ação, chamado por Liebman de “ação processual”, portanto, não deve ser confundido com o direito subjetivo e abstrato de acesso aos tribunais (garantido constitucionalmente). Com o exercício do direito da ação-norma abstrata e geral, concretiza-se esse direito subjetivo, por meio da *ação-exercida*¹⁵⁸. Afinal, o legislador constituinte prevê a garantia do acesso à justiça e proíbe qualquer restrição a essa garantia. A jurisdição é inerte – *nemo iudex sine actore* –, todavia, uma vez provocado o Estado pelo particular, tem o dever de pacificar os

¹⁵⁶ Para Calmon de Passos, o direito de ação seria um direito subjetivo processual, distinto do direito subjetivo material afirmado na inicial (*A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 114). Para nós, é irrelevante essa diferenciação de nomenclatura, desde que se entenda tratar-se de duas espécies distintas de direito subjetivo, pois enquanto o direito material consta no consequente da norma primária da relação material, o direito de ação está no consequente da norma secundária.

¹⁵⁷ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 200.

¹⁵⁸ Neste sentido, também: MACHADO, Fabio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006; p. 15.

conflitos sociais, substituindo os titulares destes pela tutela jurisdicional¹⁵⁹.

A ação-exercida é o exercício do direito abstrato de ação, consistindo em um dos elementos do processo presente na norma secundária, cujo antecedente é a alegação, pelo sujeito ativo, do descumprimento de uma norma primária. Por compor uma norma secundária concreta e individual, denominá-la-emos de *ação-norma concreta e individual*.

3.2.2 Ação e processo

Salientamos que o processo, neste trabalho, é formado por uma ou mais relações jurídicas processuais, por isso consiste no consequente da norma jurídica secundária. Exercido o direito de ação (faculdade), estabelece-se pelo menos uma relação jurídica processual (entre autor e Estado-juiz). Assim, o desenrolar de um processo só é viabilizado com a existência da ação-norma concreta e individual; caso contrário, há mera potencialidade do processo.

A ação-norma abstrata e geral, por sua vez, é anterior à existência do processo, sendo que somente o seu exercício pelo sujeito de direitos faz nascer o processo. Nota-se que ação-norma concreta e individual e processo estão intimamente interligados, de modo que ambos têm início no mesmo momento – o protocolo da petição inicial.

Explica-se. A ação-norma abstrata e geral, ou direito de agir, encontra-se prevista no consequente da norma secundária abstrata e geral, qual seja: *Se houver ilicitude (descumprimento do consequente de norma primária), então deve ser o direito de ação do sujeito ativo (cujo direito material foi lesado/ameaçado) e o dever de jurisdição do Estado-juiz*. Vejamos que, por ser abstrata e geral, dita norma secundária prescreve apenas a indicação de notas que uma relação precisa ter para ser jurídico-processual. Não há, contudo, uma relação propriamente dita ainda, pois sem nenhum fato jurídico não surge a relação jurídica processual¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Neste viés, Paulo César Conrado afirma que a tutela jurisdicional é “veículo que instrumentaliza o cumprimento do dever de prestar a jurisdição e que reconhece, por via de consequência, a existência do direito de ação” (*Processo tributário*. 3ª ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2012; p. 40).

¹⁶⁰ “As relações jurídicas pertencem ao domínio do concreto. Provêm de fatos, que são no tempo-espaço localizados. Sem a interposição do fato, que a norma incidente qualifica como fato jurídico,

Com a ação-norma concreta e individual, há a positivação da norma processual abstrata e geral, uma vez que o sujeito ativo manifesta a sua vontade ao colocar em exercício o direito subjetivo abstrato de acionar o Estado-juiz. Tem-se, portanto, uma norma secundária concreta e individual, em que o seu antecedente descreverá uma violação ou ameaça de direito subjetivo material cujo titular, sujeito ativo, integrará a relação jurídica processual em conjunto com o Estado-juiz. A título de exemplo, é possível construir uma norma processual decorrente do não pagamento de uma dívida: *Dado que Pedro não cumpriu a obrigação de pagar R\$5.000,00 para Alberto, prescrita em um contrato de compra e venda (norma primária), então Pedro exerceu o seu direito de ação perante o dever de jurisdição do Estado-juiz.* A ação-norma concreta e individual consubstancia-se no direito exercido, prescrito no consequente da norma secundária concreta e individual. Agora sim teremos processo propriamente dito.

Resumindo, o processo é a relação jurídica processual, de modo que é meramente potencial na *ação-norma abstrata e geral*, surgindo, de fato, com a *ação-norma concreta e individual*.

Aqui, talvez o leitor se pergunte: então qual seria a distinção entre o *processo-relação jurídica processual* e a *ação-norma concreta e individual*? Sob a perspectiva normativa, o processo restringe-se ao consequente da norma secundária concreta e individual (C'), introduzida no sistema por meio da petição inicial assinada pelo sujeito ativo ou pela contestação apresentada pelo demandado, isto é, à relação jurídica estabelecida entre autor e Estado-juiz e/ou entre réu e Estado-juiz. A ação contida na norma concreta e individual, por sua vez, por ser direito subjetivo em exercício, é um dos elementos da relação jurídica processual entre o autor e o Estado-juiz, ou seja, é mais restrita que o processo, sendo elemento integrador deste.

Poder-se-ia concluir, então, que na relação entre o Estado-juiz e o réu não há ação-

não ocorre o processo eficaz de efetivação da relação jurídica". VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 137. Vale lembrar, contudo, que, em âmbito material, é possível termos uma norma abstrata e individual.

norma concreta e individual? Sim, mas há um outro direito em exercício: a defesa-exercida ou defesa-norma concreta e individual, que seria outro viés do processo, inserta em outra relação jurídica processual. O exercício do direito de contestação, porém, está condicionado à ação-norma concreta e individual: aquele sem esta não existe; a recíproca, porém, não é verdadeira. Comumente, tanto a ação-norma concreta e individual como a defesa-norma concreta e individual se perfazem nos mesmos autos, isto é, no mesmo suporte físico.

3.2.3 Ação e mérito: breves considerações

Relembrando o caráter unitário do sistema do direito positivo, reforça-se que o isolamento entre o direito material e o processo é recurso meramente didático e científico, tendo em vista que a relação jurídica processual, apesar de seus contornos específicos, não pode ser compreendida à parte do direito material, que corresponde ao seu objeto. O processo deve ser, pois, compreendido à luz da relação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela.

Ainda que evidente essa indissociabilidade, devemos lembrar que a inexistência de direito material não impede a formação da relação processual: “a improcedência do direito material invocado não priva o autor do exercício do direito subjetivo público de pedir o exercício da prestação jurisdicional”¹⁶¹, isto é, de pôr em exercício a ação-norma abstrata e geral.

O exame pelo magistrado acerca da alegação de uma violação ou ameaça de direito material é que levará ao provimento da ação. Por conseguinte, uma vez acionado o Estado-juiz, a ação-norma concreta e individual será julgada procedente em caso do efetivo descumprimento da norma primária e da viabilidade do pedido ou improcedente, caso não se reconheça o descumprimento ou o pedido seja desconexo com o direito material afirmado. Isso porque o antecedente da norma secundária na ação-norma concreta e individual não é propriamente o descumprimento da norma primária, mas a *alegação* do descumprimento pelo sujeito ativo.

¹⁶¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 210.

Para haver o descumprimento da relação jurídica material, é essencial que todos os seus elementos estejam presentes. Dessa forma, cabe ao órgão julgador, no bojo do processo, verificar a presença dos requisitos da relação jurídica material e, nesse viés, de seu descumprimento e o seu nexos com o pedido a ele formulado. Eis a análise de mérito.

Apesar de termo ambíguo, entendemos que *mérito* não se confunde com a ação-norma concreta e individual, pois esta existe pelo impulso do sujeito ativo, independentemente se houve, ou não, a violação ou ameaça de um direito material. O mérito, por sua vez, restringe-se à relação jurídica material deduzida em juízo e ao pedido formulado, cujo exame é encontrado na aplicação e positividade normativa pelo magistrado: na sentença. É a norma concreta, geral ou individual, criada pelo Judiciário, que permitirá identificar a análise do mérito exercida em decorrência do impulso advindo da ação-norma concreta e individual, anterior à decisão de mérito.

Dito de outro modo, a ação-norma concreta e individual inaugura a norma processual, secundária, ao passo que o mérito compõe-se da relação jurídica material cuja violação ou ameaça fora afirmada pelo sujeito ativo e do pedido requerido. Ao analisar o mérito, a autoridade competente verificará se houve, realmente, o descumprimento do direito material e se tal descumprimento torna razoável o pedido formulado. Tal análise estará disposta na norma primária concreta expedida pelo órgão julgador, isto é, no *decisum* – somente diante do relato, por linguagem competente, da ocorrência da ilicitude (antecedente concreto) é que poderá haver a implicação de uma *sanção-coerção* consubstanciada em uma nova relação jurídica material (consequente), fruto da aplicação normativa pelo julgador.

Lastreando-se em tais premissas, podemos dizer que sem a ação-norma concreta e individual não há mérito, mas aquela existe independentemente da procedência do pleito autoral, sendo o mérito uma das manifestações contidas na ação-norma concreta e individual.

O próximo capítulo revelará com maiores detalhes a multissignificação do termo *mérito*, adiantando desde já que ele é formado por duas partes: o *mérito-relação jurídica material* e o *mérito-pedido*. Antes de decidir sobre o pedido, o juiz deve

enfrentar o mérito-relação jurídica material, sendo esta premissa lógica para o acolhimento ou não daquele.

3.2.4 O signo ação no ordenamento jurídico brasileiro

Vimos que o conceito de *ação* é mutável no tempo, devendo ser buscado no ordenamento vigente possíveis significados. “Dessa maneira, se há uma resposta correta e perene para a pergunta ‘o que é a ação?’, essa resposta é: ‘ação é aquilo que o direito positivo quer que ela seja’.”¹⁶² Ocorre que o sistema positivo acaba por utilizar o vocábulo *ação* em vários significados, motivo pelo qual procuramos definir dois conceitos de ação (ação-norma abstrata e geral e ação-norma concreta e individual), diferenciando-os dos conceitos de processo e mérito.

Neste momento, a fim de evidenciar a imprecisão linguística do próprio diploma processual atual, tentaremos enquadrar os conceitos de ação analisados em alguns dos casos em que a palavra *ação* aparece no Código de Processo Civil.

Começaremos pelas classificações da ação: “ação meramente declaratória” (art. 20 do CPC), “ação de consignação em pagamento” (art. 539, §3º do CPC), “ação de alimentos” (parágrafo único do art. 693 do CPC), “ação de reparação de dano” (art. 53, III, f, IV, a; V do CPC). Ação aí assume a acepção de *pedido de tutela final*, portanto, o pedido¹⁶³ ou bem da vida requerido pela parte será a declaração de (in)existência de uma relação jurídica, a consignação em pagamento, os alimentos, a reparação pelo Estado-juiz¹⁶⁴. Basta substituir a palavra *ação* por *pedido final* para demonstrar que essa qualificação corresponde ao mérito (especificamente ao *mérito-pedido*, a ser estudado) permitido pela ação-norma concreta e individual – cuja finalidade sempre é a mesma: a obtenção de uma tutela jurisdicional –, sendo que o pedido de tutela final indica a modalidade de *sanção-coerção* principal

¹⁶² PRIA, Rodrigo Dalla. *Teoria geral do processo tributário*. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010; p. 84.

¹⁶³ A doutrina separa o pedido em duas modalidades: pedido imediato, que é a forma da tutela jurisdicional, se declaratória, constitutiva ou condenatória; e pedido mediato, que refere-se ao bem da vida requerido.

¹⁶⁴ Vale destacar que, apesar de o Código de Processo Civil utilizar tais nomenclaturas, o sujeito ativo pode nomear equivocadamente a ação que manejou, sem que isso afete a apreciação jurisdicional do seu pedido. É o caso de uma ação nomeada “ação de obrigação de fazer” e o pedido da ação-norma concreta e individual ser “obrigação de pagar”. Isso é uma evidência de que o nome dado ao instrumento difere-se de seu conteúdo, isto é, do conteúdo da ação-norma concreta e individual cujo pedido foi uma obrigação de pagar. Deve, portanto, a essência prevalecer sobre a forma.

requerida ao Judiciário. Assim, é certo que o pedido final é uma das faces da ação-norma concreta e individual: o sujeito ativo, ao exercer o seu direito de ação, formulará um (ou vários) pedido(s) direcionado(s) ao Estado-juiz; todavia, a ação-norma concreta e individual vai além do mérito, existindo independentemente deste.

A locução *ação proposta*, por sua vez, constante no *caput* do artigo 24, nos artigos 50, 92 e 312, todos do CPC, dentre outros, refere-se à ação-norma concreta e individual, no que tange ao momento de instauração da ação pelo sujeito ativo por meio da petição inicial. Vejamos:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 24: A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. [...]

Art. 50: A ação em que o incapaz for réu será proposta no foro de domicílio de seu representante ou assistente.

Art. 92: Quando, a requerimento do réu, o juiz proferir sentença sem resolver o mérito, o autor não poderá propor novamente a ação sem pagar ou depositar em cartório as despesas e os honorários a que foi condenado.

Art. 312: Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

A expressão *julgamento da ação*, presente no *caput* do artigo 25, mais uma vez implica o significado de ação-concreta e individual, que deve ser julgada pelo Estado-juiz quando ele for competente para tanto (limitação do dever de jurisdição brasileiro).

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 25: Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

O artigo 55 regulamenta a conexão de ações, dispondo o *caput in verbis*: “Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”. É o mérito trazido pela petição inicial que é conexo ou não, isto é, o seu conteúdo (pedido e causa de pedir) é que será comum ou não. Somente o mérito-pedido corresponde à ação-norma concreta e individual, de modo que o significado de *ação*, nesse artigo, vai além do conceito ação-norma concreta e individual. Em seguida, o §1º do mesmo dispositivo prevê que “os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta”. Temos aí a determinação de apensamento

dos autos físicos diante da constatação de identidade entre os elementos das ações-normas concretas e individuais.

O diploma processual também usa o termo *ação* para referir-se ao suporte físico da ação-norma concreta e individual, isto é, aos autos, como ocorre com o uso da expressão *ação autônoma* nos §1º e §2º do artigo 125, ao pretender indicar que o exercício do direito de ação deverá (O) se dar em autos apartados, isto é, em instrumentos físicos distintos. Assim:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 125: É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: [...]

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

Por outro lado, *desistir da ação* e *renunciar à ação* (art. 122; art. 485, VIII; art. 487, II, c; art. 343, §2º, dentre outros) são termos que remetem à ação-norma concreta e individual, pois haverá a desistência do exercício do direito de ação já iniciado pelo autor. Para contextualização, transcrevemos:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 122: A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos.

Art. 485.: O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VIII - homologar a desistência da ação;

Art. 487: Haverá resolução de mérito quando o juiz:[...]

III - homologar: [...]

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Art. 343: [...] § 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

Outrossim, a ideia de ação-norma abstrata e geral, mitigada na lei processual civil, aparece no contexto constitucional, ao interpretar-se o enunciado do art. 5º, XXXV da CF, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nota-se que o vocábulo *ação* não aparece, mas o enunciado traz o significado da por nós denominada ação-norma abstrata e geral.

Esses poucos exemplos são suficientes para notar a imprecisão linguística legislativa. Inclusive, existem dispositivos que usam o termo *ação* em nenhum dos sentidos por nós atribuídos; é o caso do artigo 876, §7º a seguir:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 876: § 7º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

Nesse caso, *ação* significa a parcela em que se divide o capital de uma sociedade anônima, concepção que será deixada de lado para fins do presente estudo.

3.3 A ENUNCIAÇÃO DA AÇÃO-NORMA CONCRETA E INDIVIDUAL

O antecedente da *ação-norma* abstrata e geral descreve um fato ilícito abstrato, enquanto o da *ação-norma* concreta e individual um fato ocorrido. Ocorre que, na *ação-norma* concreta e individual, o fato ocorrido é relatado pelo sujeito ativo, por meio da petição inicial, ao passo que os enunciados que inserem a *ação-norma* abstrata e geral no sistema foram introduzidos pelo constituinte, por meio da Constituição. Dito isso, é possível concluir que a enunciação que originou a *ação-norma* abstrata e geral foi realizada pela Assembleia Constituinte, cujas marcas, ou seja, os fatos enunciativos, constam na Constituição, pelos enunciados que formam a enunciação-enunciada.

Paralelamente, a enunciação que faz nascer a *ação-norma* concreta e individual é perpetrada pelo sujeito ativo, ao elaborar a petição inicial. Assim, a petição inicial é produto dessa enunciação. É do sujeito-de-direitos, como cidadão titular personalíssimo do direito de ação, a linguagem competente para introduzir no mundo jurídico a *ação-norma* concreta e individual, isto é, a afirmação de lesão ou ameaça a direito. Lembra-se que a linguagem competente do sujeito ativo, apesar de referir-se a eventos ocorridos no mundo físico, com eles não se confunde. O fato jurídico relatado é redutor das complexidades que compõem o fato social ao selecionar os dados que, eventualmente, sejam relevantes sob a ótica do autor para que a pretensão a ser levada ao conhecimento do Estado-juiz seja adequadamente apreciada. Nesse sentido, pontua Rodrigo Dalla Pria:

Nem tudo que integra os eventos sociais a partir dos quais os conflitos jurídicos são constituídos é referido pela linguagem jurídica constitutiva do

conflito, até porque não é possível que a linguagem expresse, inteiramente, toda a complexidade dos fenômenos sociais a que se refere.¹⁶⁵

Ademais, na petição inicial, o autor apenas afirma suposta ilicitude, inaugurando, assim, a ação-norma concreta e individual, quer dizer, a petição inicial determina o conteúdo da sentença que se pretende obter. Contudo, cabe ao Judiciário a verificação dessa lesão ou ameaça a direito material. Isso significa que o fato jurídico afirmado não indica certeza da ocorrência de fato ilícito, uma vez que a sua efetiva existência será confirmada ou infirmada ao final do processo, por meio da procedência ou não do pedido. É por isso que se diz que há ação (norma concreta e individual) ainda que o pedido seja julgado improcedente.

Se cabe ao sujeito ativo a enunciação, há uma norma de produção normativa que o autoriza a introduzir norma secundária concreta no sistema. Podemos, pela interpretação do artigo 5º, XXXV, da CF, construir a seguinte norma de competência-qualificação: *Se sujeito-de-direitos, então está permitido a se dirigir ao Poder Judiciário, direito ao qual corresponde o dever jurídico de tutela jurisdicional do Estado-juiz*. Observa-se que é a partir do mesmo enunciado (suporte fático) da ação-norma abstrata e geral que se atribui competência ao sujeito ativo para criar norma secundária concreta e individual.

Outrossim, interpretando-se tal enunciado constitucional com outros legais, como o artigo 312 do CPC¹⁶⁶, é possível construir outra norma de produção normativa, desta vez de procedimento, prescrevendo a obrigação de se reportar ao Estado-juiz por meio da petição inicial se optado pelo exercício do direito de ação.

Por fim, considerando que é o sujeito ativo o detentor de linguagem competente para a criação da norma secundária concreta e individual, e que esta norma é criada por meio de meros relatos e afirmações do autor, tal norma, ainda que já construída em tópico anterior, poderia ser mais bem formulada da seguinte maneira: *Dado que o sujeito-de-direitos X relatou o descumprimento do consequente de norma primária*

¹⁶⁵ PRIA, Rodrigo Dalla. *Teoria geral do processo tributário*. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010; p. 79.

¹⁶⁶ Art. 312 do CPC/15: “Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.”

sob a forma de petição inicial, então exerceu o seu direito de ação em contraposição ao dever de jurisdição do órgão para o qual petição foi distribuída. Observa-se que o relatado na inicial constitui temporariamente o direito material, de modo que, se não houver contestação, será tomado como verdadeiro, com fulcro no instituto da revelia.

3.3.1 A petição inicial como fato jurídico processual

Não há dúvidas de que a petição inicial – quando devidamente protocolada – é documento jurídico instaurador da ação-norma concreta e individual. Ocorre que o *jurídico* no direito se perfaz por meio de fatos relatados em linguagem competente, os fatos jurídicos. Tem-se aqui a relevância da distinção entre evento, fato e fato jurídico.

Evento é o acontecimento no mundo do *ser*, desprovido de linguagem. É uma ocorrência fenomênica, de ordem natural que não se reveste de linguagem. O fato é o relato do evento, trata-se de linguagem operando sobre a situação empírica. Nas palavras de Ferraz Jr.: “‘Fato’ não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”¹⁶⁷.

Os acontecimentos no mundo do *ser* se esvaem no espaço e no tempo, restando-nos falar sobre eles, afinal é somente com a linguagem que o homem pode constituir uma realidade como objeto de seu conhecimento. “A compreensão de qualquer acontecimento requer articulação linguística, em recorte no contínuo heterogêneo do mundo circundante perceptível, capaz de identificar certa situação como objeto”¹⁶⁸. Em outras palavras, não relatamos absolutamente tudo o que vemos, sentimos, experimentamos, mas somente aquilo que de certa forma nos convém. Assim, a linguagem que relata o acontecimento faz um recorte no mundo social: o fato realiza um recorte no evento.

Fato jurídico, por sua vez, é o relato do evento em linguagem competente, é a descrição de um evento ocorrido por quem o sistema do direito positivo credencia. Isso porque o direito positivo não se satisfaz com a linguagem ordinária utilizada em

¹⁶⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008; p. 244.

¹⁶⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5ª ed. ampl. rev. São Paulo: Noeses, 2016; p. 537.

nossas comunicações cotidianas: exige uma forma especial.¹⁶⁹ É tanto que o fato político, econômico, psicológico, histórico, enquanto não traduzidos em linguagem jurídica, situam-se fora da abrangência do sistema do direito positivo.

Destarte, a distinção entre evento e fato é a (in)existência de linguagem, e entre fato e fato jurídico é o sujeito emissor da linguagem. Por isso, diz-se que os fatos sociais, enquanto não constituídos mediante linguagem jurídica própria, qualificam-se como eventos em relação ao mundo do direito¹⁷⁰, não sendo capazes de nele produzir qualquer efeito. Qualquer situação fenomênica, ainda que se subsuma a uma hipótese normativa, só ingressará no mundo do direito se adquirir a forma jurídica própria: a linguagem competente, tornando-se fato jurídico capaz de propagar direitos e deveres correlatos. O relato por agente competente, então, não só noticia a ocorrência de um evento prescrito em uma hipótese normativa, mas o insere no mundo do direito, revestindo-o de jurisdição e possibilitando a produção de efeitos.

Cabe lembrar que *fato jurídico* é expressão que padece da ambiguidade inerente aos signos. Assim, a doutrina, a jurisprudência e a própria legislação ora se referem a fato jurídico como (i) a descrição hipotética de fatos prescritos no direito positivo; ora como (ii) o acontecimento a que se refere a hipótese; ou também como (iii) o relato em linguagem competente de tal ocorrência; dentre diversos outros sentidos que não nos são relevantes aqui.

Seguindo a proposta de delimitar com clareza o nosso objeto de estudos, o primeiro conceito designaremos de *hipótese de incidência*, que nada mais é do que o antecedente de normas abstratas. Para indicar o segundo, utilizaremos o termo *evento*. Dessa forma, fato jurídico corresponde à terceira acepção, podendo ainda ser dividido em fato jurídico *stricto sensu* e fato jurídico *lato sensu*¹⁷¹. Ambos seriam o relato em linguagem competente de um evento. Todavia, em sentido estrito, esse relato se refere a uma ocorrência passada que se enquadra nos moldes da hipótese de incidência normativa, ocupando a posição sintática de uma norma concreta. Já o

¹⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 146.

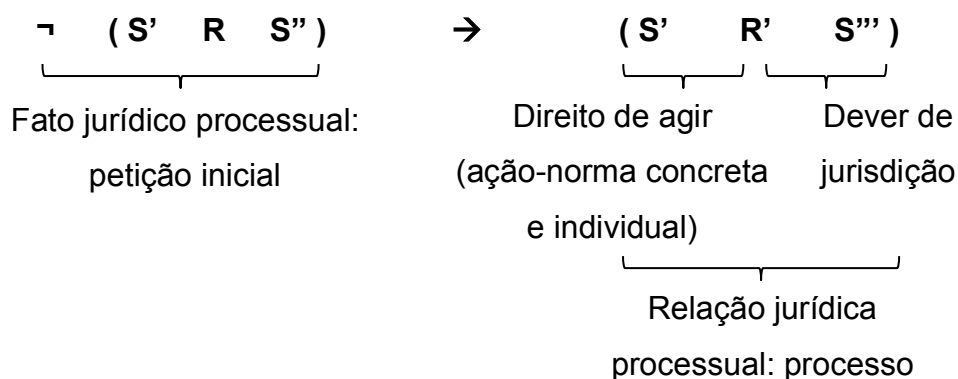
¹⁷⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 33.

¹⁷¹ Cf. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008; p. 71.

fato jurídico, em sentido amplo, seria qualquer relato em linguagem competente sem a capacidade de instituir direitos e deveres correlatos por si só: para tanto, deve estar conjugado a outros. Aqui, interessa-nos o fato jurídico em sentido estrito.

Nesse viés, como a hipótese de incidência refere-se a ocorrências futuras possíveis e o fato jurídico volta-se para o passado, pode-se aferir de forma cronológica que primeiro teremos o enunciado da hipótese, depois a ocorrência do evento e, então, a constituição do fato jurídico. É assim que se dá o já mencionado processo de positivação normativa: “exatamente, nessa redução à unidade: de classes com notas que se aplicariam a infinitos indivíduos, nos critérios da hipótese [...], chegamos a classe com notas que correspondem a um e somente um elemento.”¹⁷²

Considerações feitas, definir a petição inicial como o relato, pelo autor, detentor de linguagem competente, de uma suposta lesão ou ameaça a direito material significa compreendê-la como fato jurídico processual. Isso porque se trata de um relato de um evento ocorrido no passado cuja previsão consta no direito positivo, feito por agente credenciado pelo sistema, qual seja, o autor. Ademais, enseja uma relação jurídica processual, entre o autor e o Estado-juiz: o processo, com direitos e deveres correlatos. Além de instaurar o processo, reiteramos que o protocolo da petição inicial inaugura a ação-norma concreta e individual, que consiste em um dos polos do processo, especificamente o direito de agir do sujeito ativo em face do órgão julgador. Esquematizando, com a petição inicial teremos a seguinte norma secundária concreta e individual:



¹⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 192.

Na petição inicial, deparamo-nos com dois tipos de enunciados: (i) enunciados-enunciados que: (i.i) relatam um fato ilícito, cuja ocorrência requer uma resposta judicial; (i.ii) requerem um pedido cuja apreciação requer uma resposta judicial; (ii) o veículo introdutor da ação-norma concreta e individual, isto é, a enunciação-enunciada, que remete ao tempo, local, forma e emissor de sua produção (norma concreta e geral). A petição inicial como fato jurídico processual restringe-se à subespécie i.i de enunciados, pois é ali que opera como o antecedente da norma secundária concreta e individual instauradora do processo judicial.

Como fato jurídico que é, faz um recorte jurídico sobre o mundo social, estando delimitado semanticamente pela hipótese normativa, que no caso da norma processual, prevê o descumprimento de uma norma primária (fato ilícito). Esse recorte acaba por reduzir as complexidades do mundo fenomênico, de modo que só ingressará no direito positivo aquilo que o autor entender devido, jamais representando o evento em sua totalidade, podendo, inclusive, não corresponder à realidade social, embora a ela se refira, uma vez que o direito cria a sua própria realidade.

Para ingressar no sistema do direito positivo, a petição inicial além de ser produzida em linguagem competente (autor, por meio do seu representante legal), deve seguir alguns procedimentos e formalidades próprias¹⁷³, como a indicação do juízo a que é dirigida, os nomes completos e qualificações das partes, os fatos ocorridos, os pedidos, as provas pretendidas, dentre outros (art. 319 do CPC¹⁷⁴). Por fim, deve ser devidamente protocolada (art. 312 do CPC). Essas são regulamentações feitas por normas de produção normativa, que consistem em verdadeiros limites sintáticos para o surgimento de um fato jurídico processual.

¹⁷³ É o caso do pagamento das custas que, se não for efetuado em 15 (quinze) dias da intimação da parte pelo seu advogado, implicará em cancelamento da distribuição, isto é, sequer haverá a formação de relação jurídica processual.

¹⁷⁴ Art. 319 do CPC/15: “A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. [...]”

Afora a petição inicial, podemos dizer que a defesa-norma concreta e individual, isto é, a defesa apresentada pelo réu diante de sua citação, também é um fato jurídico processual. Isso porque o réu é competente para exercer o seu direito de contestar, relatando novos fatos ou negando as alegações do autor, em linguagem jurídica. Com o exercício da defesa abstratamente garantida pelo sistema, ele dá ensejo à defesa-norma concreta e individual, inaugurando uma nova relação jurídica processual, entre ele e o Estado-juiz.

Os fatos jurídicos processuais, então, são antecedentes de normas secundárias, viabilizando as relações jurídicas processuais. Ao final do processo, com a decisão judicial, será constituído um novo fato jurídico, desta vez material (civil, penal, tributário, etc.), correspondente à norma jurídica primária concreta (geral ou individual) introduzida pelo órgão julgador (linguagem competente) no sistema.

3.4 O QUE É *CONDIÇÃO DA AÇÃO*?

Na tentativa de conceituar *condição da ação*, parte da doutrina, que adota a teoria eclética para o estudo do direito processual civil, entende que as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e, à falta de qualquer delas, inexistirá o direito de ação¹⁷⁵. Há, ainda, os que preferem a terminologia *condições de legítimo exercício do direito de ação*¹⁷⁶. Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, definiu condições da ação como os elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação¹⁷⁷.

Outrossim, grande parte dos processualistas brasileiros entende as condições da ação como requisitos a serem preenchidos para a análise do mérito pelo juiz.¹⁷⁸ *Data venia* aos ilustres teóricos, entendemos não ser cabível tal definição, uma vez que o conceito de *mérito* distingue-se do conceito de *ação*, apesar de estarem interligados principalmente quando se trata da ação-norma concreta e individual. Essa ação pode existir ainda que não haja análise de mérito pelo magistrado, nos

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 299, 315.

¹⁷⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. São Paulo: RT, 1990; p. 16.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1997; p. 26 e 27.

¹⁷⁸ Neste sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 203; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990; p. 230.

casos em que há a extinção do processo com base em análise adstrita à relação processual, não se adentrando o Estado-juiz ao julgamento da relação jurídica material. Será aprofundado o conceito de *mérito* em momento oportuno; por ora devemos, tão somente, compreender que condição da ação não se confunde com condição do mérito.

As polêmicas que regem as *condições da ação* no direito processual civil talvez sejam das mais acentuadas no mundo jurídico, sobretudo com a redação do Código de Processo Civil atual. Antes de enquadrarmos, porém, qualquer elemento como condição da ação, é imperioso definir *condição* e a condição de a qual das ações se está referindo. É o que se passa a fazer agora.

Em consulta ao dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, deparamo-nos com o seguinte significado de *condição*: “Em geral, o que torna possível a previsão *provável* de um evento”¹⁷⁹. Em aprofundada explicação, o dicionário expõe o pensamento filosófico acerca do termo, que Max Weber entendeu como limitação de possibilidades objetivas e, portanto, como previsibilidade provável do evento. Na mesma direção, Kant afirmava que dizer que “x é a condição de y” ou dizer que “x torna possível y” é a mesma coisa. O que torna possível uma coisa (p. ex., o conhecimento, a experiência ou o fenômeno) é a condição dessa coisa. Nesta senda, a definição de *condicionado* neste dicionário é: “Aquilo cuja possibilidade depende de outra coisa”¹⁸⁰.

Já nos ditames do dicionário da língua portuguesa¹⁸¹, temos os seguintes significados para a palavra *condição*: modo de ser; estado (de algo ou alguém); requisito, possibilidade; categoria (social, profissional).

Das acepções supra, utilizaremos a terceira (requisito) diante da locução *condições da ação*, que é a que mais se aproxima da definição filosófica. Tal instituto foi introduzido no ordenamento brasileiro com o Código de Processo Civil de 1973, em que se afirmava, por exemplo, que caberia ao réu, antes de discutir o mérito alegar a

¹⁷⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; p. 170.

¹⁸⁰ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007; p. 172.

¹⁸¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mouro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

“carência da ação” (art. 301, IX do CPC/73). Ocorre que, novamente recorrendo ao dicionário da língua portuguesa, verifica-se que *carência* significa falta, ausência, privação. Por conseguinte, considerando que a falta das *condições da ação* levaria à ausência da ação, obstando a sua possibilidade, aquelas seriam requisitos de existência desta.

Quando se fala em *condição da ação*, então, trata-se dos requisitos da ação, os pressupostos para a sua existência. O problema é: de qual ação estamos nos referindo? Certamente não é a ação que integra norma abstrata e geral constitucionalmente assegurada, uma vez que é incondicionada, consistindo em verdadeira faculdade, opção de o cidadão recorrer ao Judiciário.

Entretanto, pode-se falar em condição para a existência do exercício do direito de ação (ação-norma concreta e individual): o protocolo da petição inicial. Por isso, daqui em diante, quando utilizarmos a expressão *condição da ação*, estamos nos referindo aos requisitos para a existência da ação-norma concreta e individual.

3.5 O PROTOCOLO DA PETIÇÃO INICIAL COMO ÚNICA CONDIÇÃO DA AÇÃO

Para verificar qual é a condição da ação existente em nosso ordenamento, é imperioso recordar que: (i) a ação-norma abstrata e geral é um direito subjetivo abstrato e incondicionado inerente a qualquer cidadão (direito de agir); (ii) a ação-norma concreta e individual consiste no exercício do direito abstrato de ação pelo sujeito-de-direitos; (iii) ação e jurisdição revelam-se como direito e dever correlatos que surgem diante da provocação pelo sujeito-de-direitos ao Estado-juiz, numa busca à tutela jurisdicional; (iv) a enunciação da norma secundária concreta e individual (ação-norma concreta e individual) é efetuada pelo sujeito ativo, por meio da petição inicial.

Consequentemente, pode-se afirmar que, se há que se falar em alguma condição da ação para a ação-norma concreta e individual, esta é – e sempre foi – a petição inicial¹⁸² devidamente protocolada, requisito necessário ao exercício do direito de

¹⁸² Sobre a forma da petição inicial, disserta Pontes de Miranda que a petição “há de ser escrita em língua portuguesa, com a ortografia oficial, segundo o estilo do foro, que é comum aos ofícios dirigidos às autoridades, e redigida, pelo menos, com as qualidades ordinárias dos escritos

ação, por meio da manifestação da vontade do indivíduo.

A petição inicial, como visto, é fato jurídico processual “cuja função é instrumentalizar o exercício do dever jurisdicional e do direito de ação, retirando o Estado-juiz de sua posição de inércia”¹⁸³. A petição é, então, o ato inicial mediante o qual o autor pede que o Estado lhe entregue a prestação jurisdicional, quer dizer, a sentença.

O exercício do direito de ação tem início com a petição inicial e continua a ser exercitado na medida em que cumprido o dever de prestar a jurisdição, ou seja, com uma série de atos processuais que se perfazem até o proferimento de uma decisão judicial (independentemente do seu conteúdo). Nas palavras de Pontes de Miranda: “A *petição inicial* e a *sentença*, tal como ficarão no fim de todo o processo [...] são os dois extremos da via processual. Uma abre-a; a outra fecha-a”¹⁸⁴.

Por isso, o legislador do diploma processual civil de 1973 incorreu em desacerto ao deixar entender que a falta de interesse de agir, de legitimidade *ad causam* e/ou de possibilidade jurídica do pedido implicariam em *carência de ação*. Isso porque, mesmo ante a ausência das por ele chamadas *condições da ação*, é inegável que a jurisdição atuou e a ação fora exercida.

A ação-norma concreta e individual é o exercício do direito de comparecer perante o juízo e requerer um provimento jurisdicional. Por isso, independe da presença dos elementos definidos como *condições da ação* pelo CPC/73 e existe ainda que ocorra a extinção do processo sem a apreciação do mérito e até mesmo antes da citação do réu¹⁸⁵.

Ora, o demandante, mesmo se não atender a alguma das “condições”, tem

expositivos de fatos e pontos de direito.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 10)

¹⁸³ CONRADO, Paulo César. *Processo tributário*. 3ª ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2012; p. 39.

¹⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 6.

¹⁸⁵ Há ação judicial mesmo antes de o demandado ser citado para integrar o processo, pois já há a incidência de normas processuais na relação linear entre autor e Estado-juiz. Neste sentido: MOUSSALLEM, Tárek Moysés; SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. As condições da ação no processo tributário: uma análise do “interesse de agir” a partir da repetição de indébito. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coord.) *Novo CPC e o processo tributário: impactos da nova lei processual*. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2016; p. 298.

assegurada a possibilidade de ir ao Judiciário pelo menos para que se diga não ter ele legitimidade de agir ou interesse processual, por exemplo.¹⁸⁶

Lembramos que a atividade do juiz não se traduz exclusivamente no seu pronunciamento final, mas em todos os atos necessários para a movimentação do processo até que se atinja o seu objetivo final. Nas esclarecedoras palavras de Calmon de Passos:

A verdade é que, reconhecendo a ilegitimidade da parte, ou afirmando a inépcia, o juiz não julga de *sua* atividade, e sim emite um juízo sobre um ato da parte. E aqui também há um juízo, um *jus dicere*, uma atuação do direito objetivo, um ato de tutela, uma atividade substitutiva, característica da jurisdição.¹⁸⁷

E, como já reiterado, havendo jurisdição, há também ação (e vice-versa).

Nesse teor, começou bem o novo Código de Processo Civil ao eliminar a inapropriada expressão *condições da ação* de seu texto, limitando-se a afirmar em seu art. 17 que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Todavia, a redação atual ainda não é a mais precisa: para postular em juízo é necessário tão somente protocolar a petição inicial, pois ainda que não haja interesse e legitimidade, o direito de ação previsto em norma abstrata e geral pode ser exercido independentemente da presença de tais elementos.

Qual seria, então, a natureza jurídica do interesse de agir, da legitimidade *ad causam* e da possibilidade jurídica do pedido, já que não são propriamente “condições da ação”? Estudaremos no próximo capítulo.

¹⁸⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. A legitimidade processual no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 1. Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2016; p. 281.

¹⁸⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014; p. 35.

4 O INTERESSE DE AGIR E A LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*: CONDIÇÕES PARA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

A partir de agora, buscar-se-á determinar a natureza jurídica do interesse de agir e da legitimidade *ad causam*. Já foi esclarecido que não é correto enquadrá-los na categoria *condições da ação*, embora muitos insistam nessa nomenclatura. Seriam então condições para o exame do mérito? Condições para o exame do pedido? A fim de responder essas e outras indagações, será feita uma breve análise acerca do *mérito* e do *pedido*, para que, ao final, possamos concluir que o interesse e a legitimidade são, em verdade, condições para a procedência do pedido.

4.1 O INTERESSE DE AGIR, A LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O Código de Processo Civil de 1973 previa, em seu artigo 267, VI, que haveria extinção do processo sem resolução de mérito quando não estivessem presentes as condições da ação, como a *possibilidade jurídica do pedido*, a *legitimidade das partes* e o *interesse processual*¹⁸⁸. O Código de Processo Civil atual, por sua vez, aduz que não haverá resolução de mérito quando verificada a ausência de *legitimidade* ou de *interesse processual*, nos termos do artigo 485, VI¹⁸⁹. Cabe, agora, definir cada um desses fenômenos para, em momento oportuno, identificar a sua natureza jurídica.

É comum, na doutrina processualista, nos depararmos com a separação entre o interesse de agir (ou processual) e o interesse material (ou substancial). Liebman, que prefere denominar aquele de interesse secundário e este de interesse primário, afirma que o interesse processual é instrumental, pois é meio pelo qual se requer a satisfação de um interesse material ao juízo¹⁹⁰. O interesse de agir, neste aspecto, surgiria diante da insatisfação do interesse material. No mesmo sentido, Humberto

¹⁸⁸ Art. 267 do CPC/73: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]”

¹⁸⁹ Art. 485 do CPC/15: “O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...]”

¹⁹⁰ Afirma o autor: “O interesse de agir é, pois, um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário, e tem por objeto o provimento que se pede ao magistrado, como meio para obter a satisfação do interesse primário, prejudicado pelo comportamento da contraparte, ou, mais genericamente, da situação de fato objetivamente existente.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984; p. 314).

Theodoro Júnior defende que “o interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial”¹⁹¹.

Entendemos que o interesse de agir consiste na utilidade e necessidade da tutela requisitada, isto é, na demonstração de que a tutela jurisdicional requerida é útil e necessária à resolução do conflito (direito material violado/ameaçado)¹⁹². Portanto, deve haver uma relação de utilidade entre a suposta lesão ocorrida no mundo dos fatos e o seu amparo pelo direito material, demonstrando-se, na petição inicial, o (suposto) descumprimento do conseqüente da norma jurídica primária, que pode ser reparado ou compensado pela tutela jurisdicional. O requerimento pleiteado pelo autor ao Estado-juiz, ademais, deve ser necessário (e imprescindível) para solucionar o conflito invocado¹⁹³.

Sendo assim, a distinção supra entre interesse primário e secundário merece ser analisada com cautela. Primeiramente, ter interesse primário significa haver direito material. Logo, o interesse material confunde-se com o conceito de *direito material*. Ademais, o interesse de agir se dá justamente com a constatação da lesão ao interesse material do autor ¹⁹⁴, sendo possível haver direito material (e, conseqüentemente, interesse material) sem que haja interesse processual: quando a tutela jurisdicional se mostra inútil ou desnecessária, pois não houve a verificação de

¹⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1998; p. 55.

¹⁹² Sobre o assunto, aduz Furtado Fabrício: “Do ponto de vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou comodismo, quiçá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva da utilidade, supõe-se que a sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior” (Extinção do processo e mérito da causa. In: *Revista de Processo*, nº 58. São Paulo: RT, 1990; p. 21.)

¹⁹³ Alguns autores ainda falam do chamado interesse-adequação, que relaciona-se com a adequação da via eleita. Todavia, sobre esta modalidade pairam muitas críticas: “O interesse, pois, não pode ser confundido com o mero aspecto formal da adequação da providência requerida, até porque aquele que utilizou um provimento inadequado, por vezes, demonstra muito mais interesse – tanto substancial como processual –, do que aquele que fez uso do procedimento adequado.” (CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005; p. 27). Da mesma forma: DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. 18ª ed. Salvador; JusPodivm, 2016; p. 361.

¹⁹⁴ Lembre-se: a ocorrência do descumprimento ou não da norma primária será analisada pelo Estado-juiz no exercício de sua jurisdição, seja liminarmente ou após o exame do acervo probatório, cabendo ao autor tão somente alegar uma suposta ilicitude.

lesão ou ameaça a direito ou porque o direito material foi satisfeito sem a intervenção do Estado-juiz.

Está presente o interesse de agir quando averiguada a ocorrência do relato contido na petição inicial acerca do descumprimento da norma primária, tornando exigível e necessária a provocação judicial. Pode-se dizer, nesta senda, que o interesse (ou direito) material encontra-se no consequente da norma primária (exigência do sujeito ativo em face do passivo), enquanto o interesse de agir trata-se do antecedente da norma secundária, qual seja, o relato de violação ou ameaça de um interesse material, pois somente o antecedente normativo é que implicará (→) relações jurídicas processuais. Dito de outro modo, basta que a tutela jurisdicional seja necessária e útil, o que se dá diante da constatação de ilicitude na relação jurídica material amparada pelo ordenamento, para estar presente o interesse de agir – e, igualmente, o interesse material.

A legitimidade para a causa, via de regra, é a correspondência entre as posições de autor e réu nas relações jurídicas processuais (normas secundárias) e sujeito ativo e passivo na relação jurídica material afirmada (norma primária). Só possui competência para peticionar ou contestar e, assim, compor uma relação jurídica processual, o titular do direito material alegado e o titular de um interesse oposto. Aduzir que a parte é ilegítima significa que ela não integra a relação jurídica material cujo descumprimento se alega em petição inicial. Nas palavras de Vicente Greco Filho:

Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos. Salvo casos excepcionais expressamente previstos em lei, quem está autorizado a agir é o sujeito da relação jurídica discutida.¹⁹⁵

As exceções às quais se refere o autor são circunstâncias em que o sistema do direito positivo prevê expressamente a substituição de uma das partes por um representante legal pela chamada legitimação extraordinária, em que o substituto passa a ser o agente competente para instaurar a ação-norma concreta e individual por meio do protocolo da petição inicial, visando à satisfação de direito material alheio. Saliente-se que a legitimidade extraordinária é figura que deve estar prevista

¹⁹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 2006; p. 79.

em documento normativo, pois a regra é que os sujeitos ativos e passivos da relação jurídica material sejam os legítimos para integrar o processo.

Conquanto não haja correspondência entre o sujeito ativo do direito material violado/ameaçado e o autor da ação-norma concreta e individual na legitimação extraordinária, esta decorre de relações jurídicas de direito material entre o titular ordinário e o extraordinário, uma vez que para ser substituto deve integrar alguma relação jurídica material em conjunto com o substituído.¹⁹⁶ Tomemos como exemplo a previsão constitucional de que cabe aos sindicatos substituir processualmente os seus associados, na defesa dos interesses da categoria (art. 8º, III da CF¹⁹⁷). Tal permissão decorre da relação de direito material estabelecida entre sindicato e filiado.

Já a possibilidade jurídica do pedido, muito embora não conste mais no texto do novo CPC, significa que não deve haver vedação legal em relação ao pedido. Observa-se que a expressão *possibilidade jurídica do pedido* é imprecisa, uma vez que o direito não regula o impossível: o que é jurídico é sempre possível¹⁹⁸. Já estudamos em capítulo anterior que o direito comporta um limite ontológico-semântico sob o qual os conteúdos normativos devem estar factualmente no campo do possível e do não necessário ao recolherem eventos da realidade física (mundo do *ser*). Versar sobre a impossibilidade tornaria inoperante as relações intersubjetivas. Logo, se só há norma reguladoras de condutas possíveis, seria um pleonismo a expressão em voga.

Por isso, a *possibilidade jurídica do pedido* prevista no diploma processual pretérito quer dizer, em verdade, a *licitude do pedido*, ou seja, o pedido deve ser previsto ou não defeso no direito.

¹⁹⁶ Afirmando que é impossível analisar a legitimação extraordinária sem o exame do direito material: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; p. 108.

¹⁹⁷ Art. 8º da CF: [...] III - Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

¹⁹⁸ Neste sentido, disserta Vilanova: "Se o dever-ser do normativo não conta com o poder-ser da realidade, se defrontar-se com o impossível-de-ser ou com o que é necessário-de-ser, o sistema normativo é supérfluo ou *meaningless* [...] Descabe querer impor uma causalidade normativa contrária à causalidade natural, ou contra a causalidade social" (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 11).

Não estão errados os que afirmam que a licitude do pedido trata-se de questão inserida no interesse de agir¹⁹⁹: o interesse processual há de ser jurídico, portanto, só há interesse de agir quando o pedido for lícito, quando não for vedada sua perseguição por via judiciária. Se ilícito o pedido, resta desnecessária e inútil a tutela jurisdicional. Como disserta Alexandre Câmara:

Afinal, aquele que vai a juízo em busca de algo proibido aprioristicamente pelo ordenamento jurídico postula, a rigor, uma providência jurisdicional que não lhe pode trazer qualquer utilidade. E isto nada mais é do que ausência de interesse de agir.²⁰⁰

Tanto é assim que o próprio Liebman deixou de mencionar essa condição de ação nos seus *Manuais* a partir da 3ª edição, sob o argumento de que seria inviável dizer que há interesse nos casos em que o pedido não possa ser deferido por não ser admitido em lei²⁰¹. Igualmente, e não por acaso, o CPC/15, em seu artigo 17 não menciona a possibilidade jurídica do pedido para propor ou contestar ação. Portanto, trabalharemos tão somente com o enquadramento do binômio interesse e legitimidade.

Após breve explanação sobre as chamadas *condições da ação* no CPC/73, é aferível que nenhuma delas consiste, deveras, em condição (requisito) para a existência da ação e as três têm em comum o fato de serem analisadas pelo órgão julgador no bojo do processo, porém remetem ao direito material, motivo pelo qual se afirma que operam como cordão umbilical entre ambos²⁰². Partilhando da mesma ideia, leciona Watanabe:

¹⁹⁹ No mesmo sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2010; p. 156.

²⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. In: *Revista de Processo*, vol. 197. São Paulo: RT, julho 2011; p. 263.

²⁰¹ Assim, disserta: “O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas).” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984; p. 155).

²⁰² Dinamarco entende as *condições da ação* como “faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do direito processual civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 297).

Constituem [as “condições da ação”], sem dúvida alguma, elementos por meio dos quais se visualiza a coordenação entre o processo e o direito material, vale dizer, entre o plano do direito material e o do direito processual, que são distintos, apesar do vínculo de instrumentalidade que os une.²⁰³

Acrescentamos, porém, que é a petição inicial, como fato jurídico processual, que une os dois planos (material e processual) ao permitir a introdução de norma secundária N2 no sistema (processo), ao mesmo tempo em que se afirma a violação de uma norma primária de direito material N1 e se pretende uma decisão judicial solucionadora (norma primária de direito material N3). Tal circunstância corrobora com o fato de que o direito positivo é um sistema uno e indivisível. A ação-norma concreta e individual se perfaz com o pedido estampado na petição inicial, motivo pelo qual aduz Watanabe que “o elo entre os dois planos, o material [...] e o processual [...], estabelece-se por meio da pretensão processual, que nasce com o pedido (*petitum*).”²⁰⁴

Nessa senda, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* são elementos que remetem ao direito material alegado, ainda que analisados pelo Estado-juiz em sede processual.

4.2 O MÉRITO-RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E O MÉRITO-PEDIDO

Mérito, na linguagem ordinária ou natural, empregada no cotidiano das pessoas, significa *merecimento*. Para a linguagem do direito positivo processual e da Ciência que o estuda, porém, *mérito* assume acepções que se distanciam da ideia de merecimento.

Não se pretende esgotar todas as problemáticas que regem o *mérito* e suas abordagens ao longo da história, mas tão somente os principais entendimentos acerca do tema, para que se possa estabelecer conceitos mais precisos com fulcro em nosso sistema de direito positivo. Com isso, poderemos averiguar se o interesse de agir e a legitimidade das partes são fenômenos abrangidos pelo conceito de *mérito* ou não.

²⁰³ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 98.

²⁰⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 99.

O professor Alfredo Buzaid, elaborador do Anteprojeto que deu origem ao Código de Processo Civil anterior, identificou o mérito com a *lide* ao afirmar na Exposição de Motivos: “O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa.”²⁰⁵ Para definir a lide, utiliza os ensinamentos de Carnelutti, sendo ela o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro.²⁰⁶

Sob o argumento de que a lide é um fenômeno social e não processual, Liebman criticou a posição supra, defendendo que a lide só integrará o mérito na extensão do pedido do autor.²⁰⁷ Com todo o respeito ao eminente processualista italiano, mas sua constatação é lógica e irrelevante para o mundo do direito. Há que se recordar que existem duas espécies de mundo: o dos fatos (*ser*) e o do direito (*dever ser*), sendo que os fatos só ingressarão no direito pela porta *hipótese de incidência*. A hipótese da norma processual é delimitada pelo autor, na petição inicial, instrumento no qual haverá o recorte do mundo do *ser*, que a partir de então pertencerá ao *dever ser*.

A verdade é que Liebman acaba definindo a lide como evento, irrelevante para o direito positivo, afinal ao direito positivo interessa tão somente os fatos jurídicos que ingressam no mundo do *dever ser* por linguagem competente, que, no caso da petição inicial, cabe ao autor do processo e, no caso da contestação, ao réu.

Definir a lide do modo de Buzaid, ou seja, como fenômeno jurídico, não exclui o entendimento de que a lide trazida aos autos é o conflito de interesses materiais alegado pelas partes (autor e réu) que comporá o mérito (e não o conflito em si, ocorrido no mundo do *ser*). Ora, o conflito de interesses (materiais) é justamente o antecedente da norma secundária, em que se relata o descumprimento de um direito material: $\neg(S'RS)$. O juízo acerca desse relato de descumprimento, pelo Estado-juiz, é o juízo sobre o *mérito-relação jurídica material*.

²⁰⁵Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. Capítulo III, item II, “Da Terminologia do Projeto”, nº 6; p. 13.

²⁰⁶CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, vol. I, 1936; p. 40. No original: “il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro”.

²⁰⁷“Desse modo, o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifesta na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976; p. 117).

A *lide*, então, é termo plurívoco e estará relacionada ao mérito quando assume a acepção de *fato jurídico ilícito*. A *lide* também pode ser definida, por exemplo, como a relação jurídica processual estabelecida entre autor e Estado-juiz ou entre réu e Estado-juiz, ou seja, enquanto consequente da norma secundária. Talvez por essa ambiguidade Carnelutti prefira falar em *mérito da lide* ao dispor que mérito da lide significa, portanto, o complexo de questões materiais que a lide apresenta²⁰⁸ logo após dissertar sobre as diferenças entre questões nas relações jurídicas materiais e as questões nas relações processuais.

A cautela no uso e aplicação da linguagem no direito mostra-se cada vez mais patente, principalmente depois de notar que, dependendo do sentido que atribuímos às expressões *mérito*, *lide* e *questões materiais*, todas podem ser sinônimas, remetendo ao por nós denominado *mérito-relação jurídica material*. Acrescenta-se a este grupo a locução *objeto litigioso* e suas derivações como *objeto material*, *objeto da causa* e *objeto da demanda*, que, em um dos seus sentidos, conduz ao direito material cuja violação/ameaça é afirmada na ação-norma concreta e individual.

Outro termo ambíguo que gera divergências doutrinárias é *demanda*. Não raro, doutrinadores associam o conceito de *mérito* à demanda inicial proposta em juízo. Dentre eles, está Chiovenda²⁰⁹ e Luigi Montesano²¹⁰, que definem a sentença de mérito como provimento do juiz que acolhe ou rejeita a demanda do autor. Mas o que seria demanda? Relação jurídica material, pedido ou autos do processo? Todas os três conceitos são possíveis, e um reflexo dessa imprecisão se dá, por exemplo, quando Dinamarco discorda dos processualistas italianos ao pontuar:

Não creio que a *demanda* seja o mérito da causa. Vejo nela apenas o *veículo* de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca do remédio almejado pelo demandante. A demanda é fato estritamente processual, pressuposto de existência do processo; é ato formal deste, que não só lhe dá vida e existência, como também com ele tem vida e nele se exaure.²¹¹

²⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo proceso civile italiano*. Roma: Foro Italiano, vol I, 1951.

²⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965; p. 145-149.

²¹⁰ MONTESANO, Luigi. Questioni preliminari e sentenze parziali di merito. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, n. 1, 1969; p. 581.

²¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1986; p. 315.

O embate dogmático vai muito além da técnica: trata-se de incongruência interpretativa e conceitual. Os primeiros autores provavelmente utilizam *demanda* no sentido de *relação jurídica material* ou *pedido*. Já o jurista brasileiro aplica à mesma palavra o significado de *autos do processo*, a forma sob a qual reveste-se a relação jurídica processual, isto é, o suporte físico do processo.

Em outra perspectiva, sustenta Liebman que o “objeto de todo processo é o *pedido* de quem o promove.”²¹² Nesse viés, temos o mérito como pedido, ou *mérito-pedido*. Do mesmo modo, porém utilizando o termo *pretensão*, Dinamarco disserta que decidir o *meritum causae* é decidir “aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir”²¹³. E, em seguida, explica:

fica portanto a certeza de que é a *pretensão* que substancia o mérito, de modo que *prover sobre* este significa estabelecer um preceito concreto destinado a dar àquela um desfecho favorável ou desfavorável (procedência e improcedência).²¹⁴

Ao dissertar sobre o conceito de *pedido*, o autor capixaba Alexandre Senra menciona que há duas acepções que o termo comporta no CPC/15: (i) pedido como mero requerimento (ex.: pedido de gratuidade da justiça – art. 99 a 101 –, pedido de exibição de documento ou coisa – art. 397, *caput* e 400, *caput*); (ii) pedido como um dos elementos de identificação da demanda: remetendo-se ora a tudo o que se pede na demanda (*pedido-conjunto*), ora a cada um dos componentes desse conjunto (*pedido-unidade*)²¹⁵ e é o pedido como elemento da ação-norma concreta e individual que aqui trabalharemos.

Assim, traduzindo a visão de Liebman e Dinamarco, enquanto o *mérito-relação jurídica material* estaria associado a uma visão do mérito como causa de pedir, o *mérito-pedido* restringe-se ao pedido requerido ao juízo. Essa separação, porém, não é estanque e identificável, uma vez que tanto o pedido como a causa de pedir integram a norma jurídica secundária, de modo que a causa de pedir não tem razão

²¹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986; p. 58

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1986; p. 322.

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1986; p. 323.

²¹⁵ SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017; p. 239.

de ser sem o pedido, ao passo que o pedido queda-se incompreensível e sem fundamento ante a ausência daquela. Criticando uma visão isolada, ensina Luiz Eduardo Mourão:

Não concordamos com essa posição, pois cinde os elementos da ação, que têm como função trazer para dentro do processo a situação da vida das pessoas, a fim de constituir seu conteúdo. A separação da ação em três elementos tem finalidade apenas didática, pois esses elementos estão interligados de forma a compor um todo orgânico. O simples pedido, sem qualquer explicação que o anteceda, não tem qualquer significado, da mesma forma que a apresentação da *causa petendi*, sem a formulação de um pedido, é incompleta.²¹⁶

No ponto, Araken de Assis pondera que “o pedido não determina sozinho o limite objetivo da lide, ou melhor, do objeto litigioso.”²¹⁷

Por tais motivos, não pode o Estado-juiz ser provocado para analisar um pedido de rescisão de um contrato de locação, e a consequente retomada do imóvel, sem constatar a existência do contrato e a sua afirmada violação, isto é, o direito material lesado. Igualmente, não se condena o sujeito passivo ao pagamento de um débito tributário, sem verificar se houve o inadimplemento, ou seja, se houve a violação de uma relação jurídica material entre ele e o Fisco, em que este possui direito de recolher o tributo e aquele o dever de pagar.

No presente trabalho, será adotada a ideia de que o mérito envolve o pedido e a causa de pedir não só do autor, mas também do réu. O *mérito*, então, é gênero de duas espécies indissociáveis: o *mérito-relação jurídica material* e o *mérito-pedido* que, juntos, estabelecem a moldura para a atuação jurisdicional²¹⁸. Semelhante é o conceito de Luiz Eduardo Mourão, segundo o qual mérito é a “afirmação, feita pelas partes do processo, da existência ou inexistência de uma ou mais relações jurídicas e das situações jurídicas delas decorrentes: direitos e deveres subjetivos, pretensão e ação de direito material.”²¹⁹

²¹⁶ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *O mérito no processo civil contencioso: uma unidade de opostos*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012; capítulo 4.

²¹⁷ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998; p. 151.

²¹⁸ A inobservância desta moldura traçada pelo mérito origina as chamadas decisões *infra petita*, *extra petita* e *ultra petita*.

²¹⁹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *O mérito no processo civil contencioso: uma unidade de opostos*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012; capítulo 4. O autor define a expressão *ação de direito material* como um “agir para a realização”, ideia

Sob tais conclusões, procede-se ao exame do texto processual civil acerca do mérito. O CPC/15, em seu artigo 487 dispõe:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 487: Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

São decisões resolutivas do mérito, pois, aquelas em que o órgão julgador se pronuncia acerca de uma das quatro questões seguintes: (i) o pedido formulado pelo autor ou réu²²⁰ na ação-exercida ou na reconvenção; (ii) decadência; (iii) prescrição; (iv) homologação da autocomposição. Lembrando que um pedido não pode ser analisado isoladamente pelo Judiciário e, somando-se ao conceito trazido na página anterior os demais fenômenos trazidos pelo legislador (ii, iii e iv), pode-se concluir que a decisão de mérito é a que verifica a *ocorrência das relações jurídicas materiais afirmadas pelas partes e as situações jurídicas que delas decorrem* (estando aí englobado o pedido), OU a ocorrência de *decadência*, OU a ocorrência de *prescrição*, OU a *homologação da autocomposição*.

O foco deste trabalho será a primeira definição, uma vez que somente ali podem enquadrar-se o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. A interpretação ampla do art. 487, I do CPC/15, envolvendo tanto o conceito de *mérito-relação jurídica material* como o de *mérito-pedido*, mostra-se ainda mais evidente quando são analisados outros enunciados prescritivos sobre o *mérito*. Vejamos alguns exemplos:

CPC (Lei 13.105/15)

Art. 116: O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

que pode remeter-se tanto à relação jurídica material relatada pelo autor, como ao pedido frente ao Estado-juiz.

²²⁰ O pedido vai além do elaborado em petição inicial, abarcado os levantados em reconvenção, pedido contraposto, recursos, pedido de tutela antecipada ou cautelar em caráter antecedente, etc.

Art. 141: O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 315: Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal. [...]

Art. 357: Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; [...]

Art. 503: A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. [...]

É notória a plurissignificação presente na própria linguagem legislativa quando o assunto é *mérito*, sendo que nos os artigos supra transcritos podemos substituir a expressão *mérito* ora por *pedido* (art. 503), ora por *relação jurídica material* (art. 141), ora por ambos (art. 116, 315, 357, IV).

A noção de mérito pelo binômio *relação jurídica material + pedido* revela-se ainda mais coerente diante de alguns dos dispositivos do CPC/15 reproduzidos do CPC/73, exceto pela substituição do termo *lide* por *mérito*, como é o caso dos artigos 141 e 503 atuais. Com isso, não seria equivocado dizer que mérito e lide permanecem com pontos de contato no CPC atual.

Por fim, é crucial demonstrar onde se encontra, na norma jurídica secundária, o mérito aqui definido. Esquematizando, tomemos a norma secundária que rege a relação jurídica processual entre autor e Estado-juiz, apesar de haver mérito também na relação entre réu e Estado-juiz:

$$\neg (\underbrace{S' \quad R \quad S''}_{\text{Mérito-relação jurídica material}}) \rightarrow (\underbrace{S' \quad R'}_{\text{Mérito-pedido}} \quad S'')$$

Explica-se: o mérito está contido tanto no antecedente como no consequente da norma secundária. O mérito-relação jurídica material encontra-se no antecedente da norma secundária, em que se descreve o descumprimento de uma relação jurídica material, isto é, a violação ou ameaça a direito material (consequente da norma primária), cuja ocorrência deve ser verificada pelo Estado-juiz quando provocado. Já o mérito-pedido está contido no consequente da norma secundária, pois o sujeito ativo reporta-se ao Estado-juiz, requerendo a tutela jurisdicional. Pode-se dizer, portanto, que o pedido é uma das manifestações do direito subjetivo do autor em

face do qual há o dever de resposta do órgão julgador acerca de sua procedência ou improcedência. Logo, o mérito-pedido é uma das manifestações da ação-norma concreta e individual (direito subjetivo de ação em exercício), estando correlato ao dever de jurisdição do Estado-juiz.

É certo que tanto o mérito-relação jurídica material como o mérito-pedido constam na petição inicial. Também é certo que a petição inicial (devidamente protocolada) é fato jurídico processual que dá início ao processo, ocupando o polo antecedente da norma secundária. Tais constatações, porém, não retiram a ideia de que o mérito-pedido, apesar de estar na petição inicial, estaria representado no consequente da norma secundária. Isso porque, como vimos, na petição inicial, encontramos enunciados-enunciados de dois tipos: (i) o mérito-relação jurídica processual que, ao descrever um suposto descumprimento do consequente de uma norma primária pelo réu, ocupa a posição sintática de antecedente de norma secundária; (ii) o mérito-pedido que, por reportar-se ao Estado-juiz, consubstancia-se no direito de agir em exercício (consequente da norma secundária). A petição inicial entendida como fato jurídico processual restringe-se aos primeiros, por implicar a relação jurídica processual entre autor e Estado-juiz e, assim, viabilizar a ação-norma concreta e individual (e o consequente julgamento do pedido).

Vale ressaltar ainda que a análise do pedido comporta duas abordagens: a licitude do pedido, isto é, a sua previsão em lei que, como vimos insere-se no campo do interesse de agir, integrando o *mérito-relação jurídica material*; e a averiguação da plausibilidade e do nexos do pedido diante da relação jurídica material, que é o pedido em si descrito anteriormente, como manifestação da ação-norma concreta e individual (*mérito-pedido*). Ocorre que, muitas vezes, é difícil enquadrar a apreciação do pedido em uma das categorias do mérito (*vide tópico 4.4*), o que corrobora com a ideia do mérito como uma só unidade.

A relação jurídica material, assim como o pedido, são afirmados pela parte, cabendo ao Estado-juiz analisá-los quando da apreciação do mérito. Portanto, o órgão julgador verificará a ocorrência de previsão normativa que permita aquele pedido diante da ocorrência da lesão material trazida aos autos.

Nota-se que, não obstante a inexistência de cronologia temporal entre os termos antecedentes e consequentes de uma norma jurídica, pelo fato de a norma adentrar no sistema por completo com o ato de enunciação emitido pelo agente credenciado, o Estado-juiz, para proferir uma decisão e, assim, criar nova norma jurídica, deverá primeiro verificar o mérito-relação jurídica material, para depois analisar o mérito-pedido. Trata-se de uma cronologia valorativa, que deve ocorrer no *iter* lógico do julgador em direção ao provimento final, uma vez que há a possibilidade de o mérito-relação jurídica material ser reconhecido, mas o pedido ser improcedente. Por outro lado, a inocorrência da lesão a um direito material pelo sujeito passivo sempre obsta a procedência do pedido.

Em suma: só haverá pedido procedente caso o magistrado conclua que ocorreu violação ao direito material (mérito-relação jurídica material procedente) e caso o pedido seja plausível em relação ao direito material afirmado (mérito-pedido procedente). Já a improcedência do pedido pode se dar por dois motivos: (i) pela improcedência do mérito-relação jurídica material; (ii) ou pelo fato de o pedido, apesar de lícito, não se relacionar com o direito material discutido e, por isso, não ser acolhido (improcedência do mérito-pedido).

4.3 O INTERESSE DE AGIR E A LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* COMO MÉRITO-RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL

Ainda na vigência do CPC de 1973, a maior parte da doutrina tratava as *condições da ação* como categoria autônoma dos chamados *pressupostos processuais* e do *mérito*. Sobre esta divisão tripla, é aplaudível a objeção de Didier:

[...] se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou de admissibilidade.²²¹

Data venia, ousou discordar do ilustre professor baiano quando prossegue afirmando que, mesmo com o silêncio do atual CPC em relação às *condições da ação*, estas não teriam desaparecido, mas seriam explicadas com suporte no repertório teórico

²²¹ DIDIER JR., Fredie. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, vol. 197. São Paulo: RT, 2011; p. 256. No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. Do Despacho Saneador. In: *Estudos de Direito*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1972; p. 7.

dos pressupostos processuais.²²²

Deveras, não há sentido lógico na criação de uma terceira categoria, por uma razão simples: ou a questão restringe-se à relação jurídica processual, ou a questão envolve a relação jurídica material. Todavia, é inviável incorporar o interesse de agir e a legitimidade para a causa como pressupostos processuais²²³, pois enquanto estes regem a relação jurídica processual, aqueles dois fenômenos remetem à relação jurídica material. Saliente-se que a relação jurídica processual instaura-se independentemente da constatação de violação da relação jurídica material (basta a sua afirmação, pois a ocorrência efetiva deverá ser verificada pelo Judiciário), motivo pelo qual são categorias que, apesar de interligadas, podem ser estudadas separadamente.

Torna-se nítido que os pressupostos processuais são condições para o exame do mérito. Não há julgamento de mérito-relação jurídica material, e, conseqüentemente, mérito-pedido portanto,

Quando a sentença, em vez de dar a razão por que julga procedente, ou improcedente a ação, põe termo a feito, sem lhe julgar o fundo, apenas desfaz a relação jurídica processual, por entender que não foi regular o exercício da pretensão à tutela jurídica, ou o exercício da pretensão processual.²²⁴

O julgamento limitado à análise da relação jurídica processual, pois, consiste na verificação dos denominados *pressupostos processuais*, que, por não serem alvo da presente dissertação, não serão objeto de estudo pormenorizado. Basta que o leitor compreenda que se tratam de institutos distintos: enquanto os pressupostos processuais formam requisitos para o exame do mérito, o mérito remete à relação jurídica material alegada e ao pedido formulado. Desde já, porém, fica registrada a nossa objeção à expressão *pressupostos processuais* adotada pelo direito positivo e por grande parte da doutrina, uma vez que o processo, assim como a ação (no

²²² DIDIER JR., Fredie. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, v. 197, p. 258/259. Para o autor, com o novo CPC, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação ordinária seriam questões de mérito, enquanto o interesse de agir e a legitimação extraordinária seriam pressupostos processuais (este, pressuposto de validade subjetivo; e aquele, pressuposto de validade objetivo).

²²³ Também contrário à inclusão na categoria dos pressupostos processuais: CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. In: *Revista de Processo*, vol. 197. São Paulo: RT, julho 2011; p. 266.

²²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979; p. 7.

sentido de ação-norma concreta individual), tem como único pressuposto o protocolo da petição inicial. Os elementos que integram a categoria *pressupostos processuais*, seriam, portanto, mais bem denominados como *pressupostos para a análise do mérito* ou *requisitos de admissibilidade do mérito*.

Prosseguindo, o art. 17 do novo CPC dispõe que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Entretanto, o interesse e a legitimidade não se configuram como condições para a existência da ação e tampouco como pressupostos processuais: consistem em mérito ou mais especificamente, em *mérito-relação jurídica material*. Como visto, o mérito envolve o direito material e o pedido, sendo que o interesse e a legitimidade encontram-se adstritos ao primeiro aspecto do mérito. É certo não esgotam o mérito (também formado pelo mérito-pedido e por outras situações já vistas como a prescrição e a decadência), mas sem dúvidas são um passo que se dá dentro do mérito.

Justamente pelo fato de ser essencial reportar-se à relação jurídica material para que se identifique o interesse de agir e a legitimidade para a causa, é inegável que a análise de tais institutos consiste em exame de mérito. Eles integram a própria lide como fato ilícito (o descumprimento da relação de direito material) e, por projetarem efeitos para além do processo, tocam essencialmente o mérito da causa²²⁵.

A decisão que veda a pretensão do autor por ausência de interesse de agir ou de legitimidade *ad causam* é uma decisão de mérito, revelando que aquele não possui o direito alegado. Concluir que o autor é ilegítimo significa que ele não é titular da relação jurídica material, não possui a pretensão material deduzida em juízo. Denega-lhe o juiz o bem pretendido, existindo clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável à parte ilegítima. Nas lições de Furtado Fabrício:

Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*,

²²⁵ Neste contexto, assevera Ovídio Baptista: “[...] quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, pois, a decidir a respeito de uma pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu - não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença já é uma sentença de mérito.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; p. 90). Igualmente, defendendo que a aferição das condições da ação implica em julgamento de mérito pelo fato de integrarem a relação material: GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; p. 72/73; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; p. 231/232.

denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: “Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular”. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que, *em face do réu* não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência.²²⁶

O mesmo raciocínio se aplica no tocante ao interesse de agir, pois se não há direito material a ser protegido, ou se o direito não é exigível juridicamente, e o processo não se revela necessário e útil diante do caso concreto, como no caso de uma cobrança de dívida não vencida, não há interesse em pleitear a obrigação. Em todos os casos, há julgamento de mérito pela improcedência²²⁷.

No ponto, aduzem Comoglio, Ferri e Taruffo:

Não se trata, portanto, de um mero pronunciamento processual, como acontece com a verificação negativa dos “pressupostos processuais”, mas se trata de uma decisão que tem por objeto o que os práticos definem como mérito em sentido amplo, conectando-se, de qualquer modo, ao intrínseco da demanda (ou, se se prefere, à maneira pela qual esta é proposta e quanto ao que nela se pede). [Tradução nossa]²²⁸

Os doutrinadores italianos supra diferenciam o mérito *lato sensu*, no qual o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* se inserem, do mérito *stricto sensu*, qual seja, o fundamento intrínseco da demanda proposta. Dita divisão, contudo, revela-se desnecessária, uma vez que, ontologicamente, inexiste diferença entre o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e o fundamento intrínseco da demanda, não sendo plausível isolar o mérito em categorias distintas.

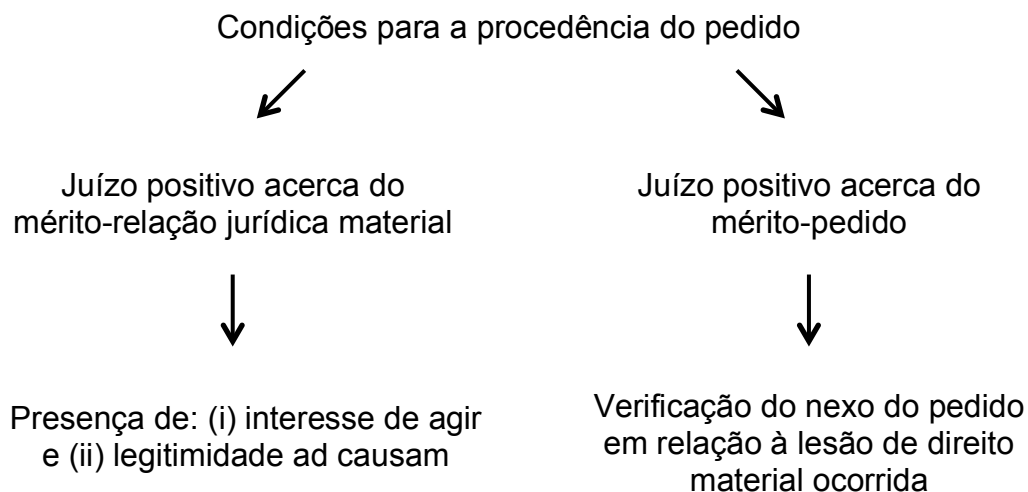
Considerando que é impossível segmentar o interesse de agir e da legitimidade *ad causam* do direito material em conflito trazido ao processo, tais elementos compõem a categoria *mérito-relação jurídica material*. Não se tratam de condições para análise do mérito: integram o próprio mérito. Destarte, pode-se aferir que a apreciação positiva do interesse e da legitimidade, juntamente com o juízo positivo sobre o mérito-pedido são *condições para a procedência do pedido*. Esquematizando tais

²²⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: *Revista de Processo*, nº 58. São Paulo: RT, 1990; p. 19.

²²⁷ Cf. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005; p. 71.

²²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. Bolonha: Il Mulino, 4ª ed., 2006; p. 240 e 241. No original: “Non si tratta, dunque, di una mera *pronunzia di rito*, come accade con la verifica negativa dei “pressuposti processuali”, mas si tratta di una decisione avente per oggetto ciò che i pratici definiscono *merito in senso lato*, ricollegandosi comunque all'*intrinseco* della domanda (o, se si preferisce, al *modo* in cui viene in essa *prospettato* quanto in essa si chiede).”

conclusões, teremos:



4.4 A TEORIA DA ASSERÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA A DECISÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO SOBRE O INTERESSE E A LEGITIMIDADE

Considerando que as ponderações acerca do interesse de agir e da legitimidade para a causa integram o mérito, só haveria que se falar em decisão sem resolução do mérito quando fosse possível operar restritamente dentro da relação jurídica processual. Esta, inconfundível com a relação material, é formada por um ou mais vínculos juridicamente disciplinados que, por força da propositura da ação-norma concreta e individual, estabelecem-se entre cada uma das partes e o Estado-juiz. Inexistindo regularidade na relação jurídica processual (ou seja, na falta de algum dos chamados pressupostos processuais), há decisão sem resolução de mérito.

Entretanto, e infelizmente, a realidade é que o legislador do novo CPC, ao prever que não haverá resolução de mérito quando o juiz verificar a ausência de legitimidade ou de interesse processual²²⁹, parece tratar o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* à parte do mérito, incorrendo em patente atecnia linguística. Em outros termos, tais institutos, embora essencialmente consistam em mérito, foram alocados, ficticiamente, pelo direito positivo, na categoria dos requisitos de admissibilidade do mérito.

É como se o *mérito-relação jurídica material* estivesse apartado do *mérito-pedido*.

²²⁹ Art. 485 do CPC/15: “O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual [...]”

Reitera-se que o mérito em si é composto pelas duas categorias, mas o legislador, pela redação do artigo 485 do CPC/15, dá a entender que *mérito* estaria restrito ao mérito-pedido, de modo que o interesse e a legitimidade seriam, na linguagem do direito positivo, condições para a apreciação mérito-pedido.

Entretanto, o mérito é um só, sendo desarrazoado fragmentá-lo dessa maneira, ainda que haja uma cronologia lógica entre mérito-relação jurídica material e mérito-pedido durante o juízo procedido pelo Estado-juiz. É tanto que o pedido formulado pela parte costuma referir-se diretamente ao bem da vida objeto de conflito na relação jurídica material. Ademais, pode ser que a improcedência do pedido decorra de um juízo negativo do mérito-relação jurídica material, o que obsta a apreciação de mérito-pedido, gerando uma decisão de mérito com a improcedência do pedido pela não ocorrência da lesão ao direito material e não pela rejeição do provimento final em si.

É extremamente difícil discriminar o mérito-relação jurídica do mérito-pedido em um caso concreto, motivo pelo qual salientamos que são indissociáveis. Tomemos algumas situações como exemplo para melhor entendimento. Imaginemos uma ação de cobrança de dívida de A em face de B, no valor de R\$10.000,00 em que o mérito-relação jurídica material é o inadimplemento, que gerou a lesão ao direito subjetivo de A por B e o mérito-pedido é a tutela pretendida, cabendo ao magistrado averiguar dito inadimplemento e se tal lesão implica no dever de B pagar a A o valor pretendido (R\$10.000,00).

Caso o Estado-juiz verifique que B já quitou sua dívida em relação a A, o pedido seria julgado improcedente, uma vez que negativo o mérito-relação jurídica material (falta interesse de agir). Por outro lado, sendo positivos ambos os juízos (mérito-relação jurídica material e mérito-pedido), o pedido é procedente. Suponhamos, porém, que o Estado-juiz reconheça o mérito-relação jurídica material (a dívida de B para com A), porém o mérito-pedido é parcialmente admitido, pois o valor seria de R\$5.000. Nesta hipótese, apesar de haver lesão ao direito material, o pedido será parcialmente procedente (mérito-pedido). Uma última possibilidade a se refletir seria o caso de A reportar-se ao órgão julgador alegando o inadimplemento, porém

requerer uma obrigação de fazer de B.²³⁰ Neste sentido, o pedido seria julgado improcedente considerando que o mérito-pedido, apesar de previsto no ordenamento, não possui nexos com o direito material afirmado. A questão é: ao julgar improcedente o pedido, a tutela jurisdicional não se tornaria inútil/desnecessária, motivo pelo qual poderíamos falar que há ausência do interesse de agir? Circunstâncias similares a esta evidenciam a dificuldade de delimitar o âmbito do mérito-relação jurídica material e do mérito-pedido, motivo pelo qual devem ser tratados como uma só unidade: o mérito.

É nesse contexto que a teoria da asserção ou *della propeştazione*, defendida por grandes nomes como Kazuo Watanabe²³¹, Flávio Luiz Yarshell²³², José Roberto dos Santos Bedaque²³³, dentre outros, cumpre uma importante função ao tentar separar – ainda que de forma fictícia – o interesse e a legitimidade do mérito. Como já visto alhures, conforme a teoria da asserção, a aferição do interesse de agir e da legitimidade para a causa seria um exame apriorístico e superficial da própria relação material afirmada pela parte na petição inicial, isto é, *in status assertionis*²³⁴.

Portanto, o que distinguiria o interesse e a legitimidade do mérito seria o grau de cognição exercido pelo órgão julgador ou o próprio momento da decisão: se antes da instrução probatória, tratam-se de requisitos de admissibilidade para o exame do mérito; se após, está-se diante de mérito. Em outros termos, se o Estado-juiz identifica a ausência de algum deles *prima facie*, há decisão sem resolução do mérito, em contrapartida, haverá decisão com resolução de mérito se a falta dos mesmos elementos for constatada somente após o exame probatório. Sobre o assunto, leciona Luiz Guilherme Marinoni (ainda na vigência do CPC anterior):

O interesse e a legitimidade para a causa representam requisitos para o

²³⁰ Trata-se de situação meramente didática, pois pode o juiz, ao se deparar com tal irregularidade, determinar que o autor emende a inicial ou corrija vícios formais (art. 321 do CPC/15).

²³¹ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 93.

²³² YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999; p. 103.

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. In: *Justitia*, São Paulo, nº 53, 1991; p. 51.

²³⁴ Nas palavras de Watanabe: “[...] o juízo preliminar de admissibilidade do exame de mérito se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in statu assertionis*, e as condições da ação, que são a possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade para agir. Positivo que seja o resultado dessa aferição, a ação estará em condições de prosseguir e receber o julgamento de mérito.” (*Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 93).

juízo do pedido (não podendo mais ser considerados, como já se propôs, elementos constitutivos da ação) e devem ser aferidos in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para a causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte ou da ausência de interesse do autor, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC).²³⁵

Ainda assim, alguns autores apontam como aspecto negativo da asserção o fato de que a natureza das questões não muda conforme o momento em que é examinada. A matéria é a mesma, sendo que o seu enquadramento jurídico (se requisito de admissibilidade ou mérito) dependerá do momento de sua apreciação, de modo que bastaria o autor mentir nas alegações iniciais para merecer um julgamento de mérito²³⁶.

Ora, com todo respeito aos eminentes críticos, é evidente que a natureza das questões não muda de acordo com o momento em que são examinadas, posto que o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* pertencem ao mérito e sempre pertencerão, independentemente do momento em que são verificadas, uma vez que se reportam à norma jurídica primária.

A teoria da asserção revela-se como uma construção doutrinária, em que se elege, arbitrariamente, um critério para diferenciar a decisão com resolução de mérito da decisão sem resolução de mérito, ainda que ambas tecnicamente recaiam sobre o mérito. Esse critério é o momento da decisão judicial.

O ideal seria que o nosso ordenamento tratasse esses institutos como mérito, de modo que a decisão que os examina resolvesse o mérito, independentemente se proferida na fase de saneamento ou após a fase instrutória (caberia ao magistrado averiguar se possui evidências suficientes para julgá-los ou não). Todavia, como ainda no CPC/15 não conseguimos atingir esse ideal e permanecemos diante de

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; p. 98.

²³⁶ Dessa forma, dentre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 316 e 317; LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Processo*. Vol 173, 2009; p. 95 a 128.

imprecisão linguística, devemos utilizar a teoria da asserção que, embora não procure estabelecer uma diferença ontológica entre o interesse, a legitimidade e o mérito, traz à baila uma ficção jurídica – o momento de produção de provas – que retira os dois primeiros do âmbito do mérito²³⁷.

Conforme o teor das decisões dos julgadores a depender das questões por ele enfrentadas, podemos sistematizar o modelo linguístico atual do CPC/15, interpretado à luz da teoria da asserção, da seguinte maneira:

- (i) Análise restrita da relação jurídica processual → decisão sem resolução de mérito;
- (ii) Análise da relação jurídica material:
 - (ii.i) Antes da dilação probatória → decisão sem resolução de mérito;
 - (ii.ii) Após a dilação probatória → decisão com resolução de mérito.

Todavia, almeja-se, num futuro próximo, um aprimoramento da técnica linguística legislativa, para que não seja necessária uma ficção doutrinária que estabeleça o momento da decisão como marco da natureza decisória, e, dessa forma, prevaleça a seguinte ideia:

- (i) Análise da relação jurídica processual (ou análise dos requisitos para o exame do mérito) → decisão sem resolução de mérito;
- (ii) Análise da relação jurídica material → decisão com resolução de mérito.

4.5 UMA DECISÃO QUE FAZ COISA JULGADA

Coisa julgada é um tema que gera diversas controvérsias: desde as ambiguidades que regem a expressão, até a sua natureza e o seu momento de formação. Por óbvio, não esgotaremos nem de longe o tema, todavia não podemos falar de condições para a procedência do pedido, que ensejam decisões com ou sem resolução de mérito, sem abordar a coisa julgada. A formação de coisa julgada reflete diretamente na estabilização das relações jurídicas materiais, motivo pelo qual é tão importante definir o caráter decisório acerca do interesse e da legitimidade.

²³⁷ Cf. TEIXEIRA, Yuri Guerzet; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. As condições da ação e o projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista Derecho y Cambio Social*. Num. 35. Ano XI. 2014. Lima, Peru; p. 16.

Pautados na teoria da asserção, vimos que a decisão que examina o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, apesar de sempre versar sobre a relação jurídica material deduzida em juízo, só será decisão de mérito se proferida após a fase instrutória.

A problemática paira sobre os casos em que ambos os fenômenos são julgados antes da instrução probatória, *in status assertionis*, por uma decisão sem resolução de mérito. Isso porque muitos autores entendem que decisões terminativas transitadas em julgado estariam abarcadas apenas pela coisa julgada formal, pois a coisa julgada material seria atributo exclusivo das decisões que examinam mérito.²³⁸ Antes de trazer tal diferenciação, essencial é tentar estabelecer uma definição de coisa julgada.

Perfilando o posicionamento de Barbosa Moreira, Alexandre Câmara consigna que a coisa julgada seria uma situação jurídica, qual seja, a imutabilidade e a indiscutibilidade do conteúdo da sentença com o seu trânsito em julgado²³⁹. De maneira similar, nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil atual: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Frente a esse entendimento, Alexandre Senra equipara situação jurídica a efeito jurídico²⁴⁰ e destaca que a imutabilidade e a indiscutibilidade não devem ser compreendidos de forma absoluta, já que, em regra, não se estende a terceiros prejudicados (art. 506 do CPC/15) e a ação rescisória é instrumento de desconstituição da coisa julgada (art. 966 do CPC/15).

²³⁸ Neste sentido: MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008; p. 167.

²³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; p. 461.

²⁴⁰ Também compreendendo que a coisa julgada é um efeito jurídico, Didier Jr. ressalta que isso não quer dizer que a coisa julgada é um efeito da decisão. “A coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos”. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. II. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016; p.529).

O autor capixaba prossegue estabelecendo uma interessante concepção de coisa julgada ao destrinchá-la em dois polos, em que um (efeito jurídico) resulta do outro (fato jurídico):

Coisa julgada-efeito jurídico e coisa julgada-fato jurídico, nos termos que definimos, não são o mesmo conceito, mas sim conceitos distintos, articulados entre si. A coisa julgada-fato jurídico existe em função da coisa julgada-efeito jurídico. Veda-se a nova propositura de idêntica demanda (coisa julgada-fato jurídico) porque resolvê-la dependeria de rediscussão do que se torna indiscutível e poderia resultar em ofensa ao que se torna imutável (coisa julgada-efeito jurídico).²⁴¹

Os processualistas, de modo geral, dividem a coisa julgada (no sentido de efeito jurídico para Alexandre Senra) em coisa julgada formal ou material. Aquela ocorreria quando a imutabilidade fosse interna (endoprocessual), presente nas decisões com e sem resolução de mérito, e esta quando fosse externa (extraprocessual), somente nos casos em que houver decisão com resolução de mérito.²⁴² Assim, haver coisa julgada formal²⁴³ não impediria que a relação jurídica material fosse discutida em outro processo pelas mesmas partes, mas apenas naquele que transitou em julgado. Já a coisa julgada material, obstaría o reexame do direito material em qualquer processo pelas mesmas partes. Observa-se que, para uma decisão estar coberta pela coisa julgada material, ela também deveria estar pela coisa julgada formal.

Luiz Eduardo Mourão, por sua vez, apesar de classificar a coisa julgada em material e formal, defende que ambas importam em imutabilidade e indiscutibilidade externas, tendo em vista a proibição de repetição da matéria em processos futuros²⁴⁴.

Com certas ressalvas, compreendemos assim como o autor que a classe *coisa julgada* (no sentido de efeito jurídico) estará sempre ligada a uma ideia de

²⁴¹ SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015*: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: JusPodivm, 2017; p. 121.

²⁴² Neste sentido, dentre outros: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Revista dos Tribunais*, RT, vol 416/9, junho de 1970; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004; p. 221 e 222.

²⁴³ É comum definir a coisa julgada formal como *preclusão máxima*. Dessa forma, dentre outros: DIDIER JR, Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. In: *Revista de Processo*, vol. 110/2003, abr/jun 2003, p. 225-251; CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. In: *Revista de Processo*, vol. 163/2008, set/2008 p. 359-375.

²⁴⁴ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008; p. 135.

imutabilidade que vai além do processo em que a decisão judicial foi proferida, pois há a estabilização da relação jurídica material determinada na norma primária criada pelo órgão julgador.

Todavia, cabe lembrar que a ação-norma abstrata e geral é um direito subjetivo, cujo exercício está condicionado apenas ao protocolo da petição inicial. Assim, a imutabilidade ou a indiscutibilidade da decisão deve ser vista com cautela, uma vez que todo sujeito-de-direitos poderá manejar uma ação, desde que por petição inicial, independentemente das alegações feitas. Cabe ao magistrado verificar a veracidade das alegações pelo seu dever de jurisdição. Pode o sujeito-de-direitos, inclusive, rediscutir uma relação jurídica material acobertada pela coisa julgada, situação em que o Estado-juiz, impedido de reexaminá-la novamente, proferirá decisão sem julgamento de mérito (por ofensa à coisa julgada).

Após essas breves considerações, pode-se concluir que a divisão entre coisa julgada material e formal é inócua, afinal os efeitos são os mesmos: impossibilidade de rediscussão do conteúdo decisório (exceto se por via da ação rescisória ou por terceiros, em regra). Tanto é assim que o próprio Código de Processo Civil não traz essa divisão e nem menciona a *coisa julgada formal*, que se trata de mera construção doutrinária. Ademais, os enunciados prescritivos deixam claro que a coisa julgada-efeito jurídico não é pertinente nos casos em que a sentença tenha se tornado imutável apenas no âmbito do processo em que proferida; por conseguinte, deve produzir efeitos extraprocessuais. Para tanto, basta consultar, por exemplo, os artigos 304, §6º; 433; 504; 601, parágrafo único; 963, IV e 966, IV, todos do CPC/15. De maneira ainda mais evidente, os artigos 486, §1º e 966, §2º do CPC/15 tornam inquestionável a existência de decisões judiciais sem serem de mérito, mas cujo conteúdo se torna indiscutível em processos futuros, revelando o caráter um tanto político da coisa julgada.

A decisão que examina o interesse de agir e a legitimidade das partes, então, sempre faz coisa julgada, assim como a que julga o pedido, independentemente do momento em que proferida a decisão. Do mesmo modo, as decisões restritas a vícios processuais, que extinguem o processo sem resolução de mérito pela ausência de algum dos chamados pressupostos processuais, também fazem coisa

julgada. E, assim, como a decisão que julgar o processo com resolução de mérito, haverá a imutabilidade externa do conteúdo decisório.

Afinal, quando extinta uma ação por ausência de interesse ou legitimidade, ou por falta de um dos pressupostos processuais, o sujeito ativo, para propor nova demanda com possibilidade de apreciação meritória, deve suprir o vício, isto é, manejar ação-norma concreta e individual diversa daquela acobertada pela coisa julgada, alterando-se um dos elementos daquela previamente julgada²⁴⁵ e dando origem a uma nova relação jurídica processual. Nessa esteira, esclarece Didier:

Costuma-se dizer que a sentença de carência de ação não pode ficar acobertada pela coisa julgada material, pois o autor, após “consertar” o erro, ou em razão da superveniência de novo fato, teria o direito de repropor a demanda. Sucede que se o defeito for corrigido, mesma demanda não será; somente se pode falar em repropositura se a nova propositura se der nos mesmos termos da anterior. Corrigir de propor de outra forma não é repropor, é propor algo novo.²⁴⁶

Insistir em afirmar que tal decisão não faz coisa julgada material por ter efeitos estritamente endoprocessuais significa, por exemplo, afirmar que uma ação extinta por ilegitimidade passiva pode ser reproposta com o mesmo defeito quantas vezes o demandante desejar, circunstância vedada pela legislação processual civil, porque o autor até pode exercer o seu direito de agir e remanejar a ação, mas ela sempre será extinta por ofensa à coisa julgada.

No ponto, o CPC/15, apesar de não incluir o interesse e a legitimidade processual no mérito, dispõe em seu art. 486, §1º: “No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.” Com isso, podemos afirmar que a sentença que verificar a ausência de ditas questões (art. 485, VI do CPC/15) se torna indiscutível e imutável em outros processos, bem como a que constatar a falta de vícios processuais (art. 485, IV do CPC/15), indeferir a petição inicial (art. 485, I do CPC/15) e acolher a alegação de existência de

²⁴⁵ Entendem assim: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: *Revista de Processo*, nº 58. São Paulo: RT, 1990; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235; LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Processo*. Vol 173, 2009; p. 95 a 128.

²⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005, p. 220.

convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência (art. 485, VII do CPC/15). Outrossim, a omissão em relação aos demais incisos do art. 485 na redação no art. 486, §1º, do CPC/15, deve ser interpretada com cautela. É que os incisos I, IV, VI e VII, do CPC/15, abordam vícios corrigíveis. Já os incisos IX e V do art. 485 do CPC/15 (perempção, coisa julgada, litispendência e morte da parte) são vícios incorrigíveis, não cabendo falar em correção dos vícios apontados para a propositura de nova ação. Os demais incisos supostamente omissos referem-se à decisão sem resolução do mérito que não reconhece vício algum, como é o caso da extinção do processo por negligência das partes (art. 485, II do CPC/15), por abandono (art. 485, III do CPC/15) e por desistência (art. 485, VIII do CPC/15), casos em que nova ação pode ser proposta, mas a negligência, o abandono e a desistência não poderão ser rediscutidos, uma vez que acobertados pela coisa julgada²⁴⁷. Afere-se, dessa forma, que todos os pronunciamentos decisórios cujo conteúdo se amolde a algum dos incisos do art. 485 do CPC/15 tornam-se, a partir do seu trânsito em julgado, indiscutíveis em processos futuros.

A despeito de não serem decisões resolutivas de mérito, os efeitos jurídicos coisa julgada supra e os que surgem diante do trânsito em julgado de decisão de mérito são os mesmos: a imutabilidade externa do conteúdo decisório. Portanto, é irrelevante separar a coisa julgada (gênero) nas espécies formal e material pela simples natureza do conteúdo da decisão – se de mérito faz coisa julgada material; se for sem resolução de mérito faz coisa julgada formal –, pois, em todo caso, a decisão projetará efeitos em processos futuros.

Apesar da irrelevância classificatória evidente, o direito positivo define como *coisa julgada material* a autoridade que torna indiscutível e imutável a *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso (art. 502 do CPC). Operando em sobrelinguagem, não podemos, como cientistas, alterar nosso objeto, mas tentar interpretá-lo a fim de atribuir a maior coerência possível. Por isso, é fundamental estabelecer uma possível classificação da coisa julgada nos moldes do sistema jurídico vigente, mesmo que ela careça de relevância jurídica. Opta-se, porém, em não utilizar a

²⁴⁷ No mesmo sentido: SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017; p. 289-297.

expressão *coisa julgada formal*, tendo em vista a carga semântica que a tradição faz pesar sobre ela, além da ambiguidade e vaguidade que carrega, o que culmina em sérios equívocos na transmissão do conhecimento. Assim, o gênero coisa julgada é situação jurídica que implica na proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente por terceiros), em processos futuros. Ela pode ser dividida utilizando-se o critério da natureza da decisão jurídica proferida:

- (i) *Coisa julgada material*: opera sobre as decisões de mérito, que acolham ou rejeitem o pedido (principal), decidam sobre a decadência ou prescrição, homologuem o reconhecimento da procedência do pedido, a transação ou a renúncia à pretensão formulada (art. 487 do CPC/15).
- (ii) *Coisa julgada sobre os requisitos de admissibilidade do mérito*: opera sobre as decisões que julgam os defeitos na petição inicial, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a litispendência, a ausência de legitimidade ou interesse processual (se verificados antes da fase instrutória), a existência de convenção de arbitragem alegada ou reconhecimento da competência pelo juízo arbitral, a existência de perempção ou coisa julgada, a ilegitimidade superveniente decorrente de morte da parte titular de direito intransmissível por disposição legal, o processo parado por negligência das partes, o abandono de causa pelo autor, a desistência válida, as questões prejudiciais incidentais (art. 485 e art. 503, ambos do CPC).

Não obstante a inutilidade jurídica da classificação apresentada, feita tão somente para fins de interpretação do diploma processual, o que importa é que independentemente do juízo realizado²⁴⁸ ou do caráter decisório, toda decisão

²⁴⁸ Alexandre Senra destaca que não há obstáculo algum em se falar em tutela cautelar definitiva que faz coisa julgada, pois o acautelamento de um direito pode ser provisório ou definitivo, desde que oportunizado o contraditório e transitado em julgado. É tanto que o indeferimento definitivo do direito à cautela pode impedir a parte de formular novo pedido de tutela cautelar, ou de tutela definitiva do direito acautelado se o motivo do indeferimento for a prescrição ou a decadência do direito acautelado. (*A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015*: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: JusPodivm, 2017; p. 277 a 283). A tutela antecipada antecedente também faz coisa julgada quando findo o prazo de 2 (dois) anos para a rediscussão da decisão que conceder a tutela antecipada (art. 304, §5º do CPC/15), tornando-a indiscutível e imutável. No mesmo sentido: MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada*. Consultor Jurídico. 6 de julho de 2015. Disponível em:

judicial definitiva transitada em julgado faz coisa julgada.

5 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A partir de pesquisa eletrônica das jurisprudências brasileiras, analisaremos, neste momento, algumas incoerências presentes em nossos tribunais quando o assunto é condições da ação.

Considerando o curto lapso temporal de vigência do CPC/15, traremos muitos julgados ainda amparados pelo diploma processual civil anterior neste capítulo. Portanto, a expressão *condições da ação*, que, como vimos, foi eliminada do atual CPC, será usada aqui (e somente aqui) para se referir ao interesse de agir, à legitimidade para a causa e à possibilidade jurídica do pedido. Lembrando que esta última também não consta mais na redação atual, mas estava presente nos termos do CPC/73.

Outrossim, tendo em vista que a maior gama dos tribunais brasileiros ocupa-se do exercício da competência recursal, devemos abrir um adendo para situar as condições da ação nesta esfera. Nos termos do CPC/15, o procedimento comum é composto de quatro fases (Livro I, Título I do CPC). A primeira, fase postulatória, refere-se às providências preliminares e abrange a petição inicial, a citação do réu e a resposta deste, a partir da qual há a angularização processual, e a audiência de conciliação/mediação. Na fase seguinte, de saneamento, o magistrado verifica a regularidade do processo²⁴⁹. A partir da fase instrutória, há a coleta do material probatório. E, na fase decisória, há a prolação da sentença.

Interessa-nos aqui entender como se dá a análise das condições da ação em segundo grau de jurisdição, sendo o julgamento de um recurso uma das etapas da fase decisória. Caso o órgão julgador constate, em sede recursal, que alguma das condições da ação não está presente, mas dita ausência não fora reconhecida pelo magistrado *a quo*, deve ser a sentença de primeiro grau anulada. No ponto, o professor Flávio Cheim Jorge diferencia as condições da ação (e os pressupostos processuais) dos requisitos de admissibilidade do recurso, de modo que a ausência daquelas não afeta o conhecimento recursal: o recurso será conhecido; o mérito julgado prejudicado caso a falta das condições da ação e dos pressupostos

²⁴⁹ Art. 347 do CPC/15: “Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo”.

processuais seja conhecida de ofício, ou procedente caso o recorrente traga à baila estes vícios; e a sentença de primeiro grau será anulada. Nas palavras do autor:

Evidencie-se, então, que a ausência de uma das condições da ação ou de um dos pressupostos processuais não faz com que o recurso deixe de ser conhecido, mas sim, se for o caso, que o seu mérito deixe de ser julgado, uma vez que seu exame estará prejudicado com a decretação da nulidade da decisão.²⁵⁰

Nula a decisão *a quo* por ausência de interesse ou legitimidade, o mérito do recurso pode ficar prejudicado ou não, mas o próprio tribunal julgará o mérito do processo caso ele esteja em condições de imediato julgamento. Trata-se de diretriz já prevista no CPC/73 (art. 515, §3º) e reproduzida similarmente no art. 1013, §3º, I do CPC/15, *in verbis*:

Art. 1.013 do CPC: § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; [...]

São esses casos que serão analisados: quando o tribunal profere decisão acerca das condições da ação, extinguindo o processo sem resolução do mérito. Ocorre que, considerando a teoria da asserção, muitas dessas decisões deveriam ser com resolução do mérito, por analisar o interesse, a legitimidade e a possibilidade do pedido após a fase instrutória.

Frisa-se que as condições da ação e os requisitos de admissibilidade do recurso são institutos distintos que não devem ser confundidos. Aquelas são analisadas à luz das afirmações contidas na exordial (manejada em face do réu), enquanto estes referem-se à peça recursal (interposto contra decisão judicial). Barbosa Moreira²⁵¹ divide os requisitos de admissibilidade em: intrínsecos (cabimento do recurso, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo).

Não é o escopo do presente trabalho um exame detido acerca da natureza do juízo de admissibilidade recursal, todavia, tendo em vista a semelhança entre este e o

²⁵⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; p. 108.

²⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s/ed]. 1968; p. 46.

juízo de admissibilidade realizado em primeiro grau, e que a análise a seguir se dará em âmbito dos tribunais, imperioso é saber distingui-los.

5.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DENTRO DO INTERESSE DE AGIR

No quarto capítulo deste trabalho, vimos que o CPC/15 prevê que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade, eliminando a *possibilidade jurídica do pedido* como terceiro elemento, assim como já havia feito Liebman ao defender que não haveria como sustentar a presença de interesse de agir diante da impossibilidade jurídica do pedido.

A fim de examinar a questão, vejamos alguns acórdãos dos mais diversos tribunais brasileiros que revelam que uma única circunstância acaba por implicar no reconhecimento simultâneo da impossibilidade jurídica do pedido e da falta do interesse de agir, apesar de não indicarem expressamente que a possibilidade jurídica do pedido faça parte do interesse de agir:

MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO DE ESCOLA. REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO DIURNO. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE EM AGIR. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. Restando incontroverso que a impetrante é servidora de escola, existindo legislação específica regradando a matéria, consoante se verifica no disposto no artigo 29 da Lei 11.672/2001, que prevê a aplicação da Lei Complementar nº 10.098/94 à impetrante, norma esta que determina a redução de horário e o pagamento do respectivo adicional por força de seus artigos 34 e 113. Assim, não há que se falar em omissão legislativa porque a matéria encontra-se devidamente regradada, consoante antes analisado, existindo previsão legal de redução de horário, bem como do pagamento do respectivo adicional noturno de 20% quando a atividade laboral é realizada no horário noturno, circunstância que revela a impossibilidade jurídica do pedido, bem como da falta de interesse em agir da demandante.²⁵²

RECLAMAÇÃO. DEMORA NO JULGAMENTO DE AIJE Nº 303-80. PEDIDO DE CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO. ARTIGO 174 DO REGIMENTO INTERNO DO TRE/PA. DEMANDA INCABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AÇÃO SOB APRECIÇÃO DO JUÍZO. PERDA DO OBJETO CASO FOSSE CABÍVEL O EXPEDIENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. Segundo o artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, a Reclamação serve para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões. Desse modo, o pedido de celeridade de outra demanda, não se amolda ao tipo normativo, o que atrai a extinção do processo sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir. [...] 3. Reclamação extinta

²⁵² TJRS, MI: 70055774772 RS, Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, data de julgamento: 29/08/2013, data de publicação: 04/09/2013, Tribunal Pleno.

sem julgamento do mérito nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil.²⁵³

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DA DEMANDA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. É básica a premissa de que em qualquer concurso público a ordem de classificação deve ser observada para a convocação dos aprovados e não havendo nos autos prova de que os candidatos melhor posicionados foram nomeados ou renunciaram ao seu eventual direito à nomeação, a condenação da reclamada à obrigação de nomear e empregar os reclamantes aprovados no 5º e 14º lugares, em função de suposta existência de vagas por conta da contratação ilícita de empresas terceirizadas, seria inútil aos fins colimados pelos promoventes, o que deixa patente a falta de interesse de agir e a impossibilidade jurídica do pedido, devendo ser extinta a demanda sem resolução do mérito.²⁵⁴

APELAÇÃO CÍVEL - CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA - EXTINÇÃO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E FALTA DE INTERESSE DE AGIR - CONFIGURADOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1 - Em que pese a irresignação do Apelante, tem-se que, por tratar-se de Ação de natureza Cautelar, cujo escopo imediato é a antecipação dos efeitos de uma sentença de mérito, é imprescindível que haja, quanto ao pleito, subsídio probatório contundente, apto à induzir o julgador a perceber a verossimilhança do direito alegado. 2 - Portanto, in casu, incumbia ao Autor, fazer a comprovação da indevida inclusão de seu nome no serviço de restrição ao crédito, com a prova da suposta ilegalidade (abusividade na cobrança), responsável pelo justo receio de dano irreparável e irreversível. 3 - Ademais, observa-se, que, não obstante a pretensão de fundo seja de reconhecimento prévio da cobrança indevida em razão dos “juros abusivos”, o Apelante sequer trouxe cópia dos contratos, ou ainda, um mero cálculo contábil referente aos juros e correção monetária. 4 - Acertado, portanto, o decisum, no sentido de que o autor pretendia um provimento jurisdicional para que o demandado fosse impedido de lançar o nome no cadastro de inadimplentes, mesmo estando com diversas pendências contratuais. 5 - Recurso conhecido e desprovido.²⁵⁵

As dissonâncias jurídicas que regem a possibilidade jurídica do pedido são comuns, talvez maiores ainda antes da edição do atual CPC, uma vez que os julgadores ora consideravam a impossibilidade jurídica do pedido como questão estritamente processual, sob o argumento de que não tocavam o direito material²⁵⁶,

²⁵³ TRE-PA, Rcl: 32122 PA, Relator: Des. Eva do Amaral Coelho, data do julgamento: 26/02/2013, data de publicação: 04/03/2013

²⁵⁴ TRT-20, 363200700320000 SE, Relator: Des. Carlos Alberto Pedreira Cardoso, data de publicação: 30/07/2008.

²⁵⁵ TJES, AC: 24020204186 ES, Relator: Des. William Couto Gonçalves, data de julgamento: 07/06/2011, data de publicação: 27/06/2011, 1ª Câmara Cível.

²⁵⁶ Neste sentido, já decidiu o TJMG: AÇÃO ORDINÁRIA - CREDIT SCORING - CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É equivocada a análise da possibilidade jurídica do pedido sob o ângulo da adequação da pretensão do autor ao direito material positivo, devendo tal análise restringir-se ao aspecto meramente processual. (TJMG, AC: 10707150032068001 MG, Relator: Des. Evangelina Castilho Duarte, data de julgamento: 20/08/2015, data de publicação: 28/08/2015, 14ª Câmara Cível). Da mesma forma: TRT-1, RO: 11836120125010283 RJ, Relator: Des. Roberto Norris, data de julgamento: 15/01/2013, data de

ora julgavam a impossibilidade jurídica do pedido como o próprio mérito. Dentre as decisões que, ainda sob o amparo do art. 267, VI do CPC/73, consideraram a possibilidade jurídica como questões de mérito, temos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. QUESTÃO DE MÉRITO. NULIDADE DA SENTENÇA. [...] 5. O entendimento de que o pleito não encontra guarida no ordenamento jurídico é questão de mérito do mandamus, não podendo o Magistrado indeferir liminarmente a petição inicial, se o pedido não afronta qualquer dispositivo legal expresso. 6. Apelação do particular provida, apenas para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância, de modo que o Mandado de Segurança tenha o seu regular processamento.²⁵⁷

MANDADO DE INJUNÇÃO. OMISSÃO LEGISLATIVA DO ADICIONAL NOTURNO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. QUESTÃO PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. MÉRITO. A pretensão é juridicamente possível, diante da omissão legislativa alegada, tratando-se de questão preliminar que, em realidade, se confunde com o mérito da ação. Inexistindo regramento específico em relação ao trabalho noturno desempenhado pelo impetrante, deve ser ordenada a concessão do direito ao adicional noturno a que possui direito, suprimindo a omissão legislativa que vem em seu prejuízo, aplicando-se as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e da legislação estadual específica.²⁵⁸

1.RECURSO DO BANCO (ADESIVO). 1.1.INCOMPETÊNCIA MATERIAL. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido para que o reclamado contrate potencial empregado concursado. Precedentes do TST. 1.2.INTERESSE DE AGIR. Havendo necessidade concreta do provimento jurisdicional para satisfação do direito subjetivo pleiteado, afasta-se a alegação de falta de interesse de agir da reclamante. 1.3.IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Suposta falta de amparo legal ao pedido não se traduz em carência de ação por impossibilidade jurídica, tratando-se, na verdade, de questão de mérito a ser dirimida em juízo. [...] ²⁵⁹

Ressaltamos a conclusão deste trabalho: não só a possibilidade jurídica do pedido, mas também o interesse de agir e a legitimidade das partes são questões de mérito (mérito-relação jurídica material). Por isso a confusão no Poder Judiciário ao abordar o assunto. Contudo, considerando que não cabe a nós, cientistas, modificar o sistema do direito positivo vigente, utilizamos a teoria da asserção para

publicação: 07-02-2013, 5ª Turma. TST, RO: 33011-05.2011.5.01.0000, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, data de julgamento: 12/11/2013, data de publicação: 22/11/2013, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais.

²⁵⁷ TRF-5, AMS: PE 0001028-56.2005.4.05.8308, Relator: Des. Napoleão Maia Filho, data de julgamento: 12/12/2006, data de publicação: 25/01/2007, 2ª Turma.

²⁵⁸ TJRS, MI: 70056363138 RS, Relator: Des. Carlos Cini Marchionatti, data de julgamento: 27/01/2014, data de publicação: 19/02/2014, Tribunal Pleno.

²⁵⁹ TRT-10, RO: DF 00144-2014-015-10-00-4, Relator: Des. Ricardo Alencar Machado, data de julgamento: 11/03/2015, data de publicação: 20/03/2015, 3ª Turma.

separar o interesse (incluindo aí a possibilidade jurídica do pedido ou, melhor, a *licitude* do pedido) e a legitimidade do mérito.

5.2 O MOMENTO DE APRECIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO: INCONGRUÊNCIA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO

A teoria da asserção, tal como aqui abordada, é aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) há muitos anos.²⁶⁰ Expressões como *falsa carência da ação* ou *falsa sentença terminativa* eclodiram justo quando se começou a utilizar como critério o momento de cognição judicial para separar as condições da ação do mérito, referindo-se às decisões que deveriam ter resolvido o mérito quando não o fizeram.

A Corte de Justiça, no ponto, já se manifestou afirmando que “as condições da ação são vistas *in status assertionis* (‘Teoria da Asserção’), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial”²⁶¹. Assim, ocorrida a instrução probatória, a decisão que decidir sobre o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido – esta última somente até o CPC/15 – julga o mérito. No ponto, temos o seguinte entendimento:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. BEM INTEGRANTE DE QUINHÃO HEREDITÁRIO CEDIDO A TERCEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. 1. Tem prevalecido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. 2. Assim, faltarão legitimidade quando possível concluir, desde o início, a partir do que deduzido na petição inicial, que o processo não se pode desenvolver válida e regularmente com relação àquele que figura no processo como autor ou como réu. Quando, ao contrário, vislumbrada a possibilidade de sobrevir pronunciamento de mérito relativamente a tais pessoas, acerca do pedido formulado, não haverá carência de ação. 3. No caso dos autos, a petição inicial afirma que o de cujos era o legítimo proprietário do imóvel. Nesses termos, impossível sustentar, a partir do que fixado pela teoria da asserção, que o espólio seja parte ilegítima para ajuizar ação reivindicatória quanto a esse bem. 4. A alegação trazida em sede de contestação, no sentido de que o imóvel integrava quinhão hereditário cedido a terceira pessoa denota circunstância que deve ser sopesada no momento do julgamento do próprio mérito da demanda. O fato de o espólio ser ou não o proprietário do bem

²⁶⁰ Os seguintes julgados já pautavam-se na teoria da asserção: REsp 1.680/GO, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data de julgamento: 13/02/1990, 4ª Turma; REsp 2.185/GO, Relator: Ministro Barros Monteiro, data de julgamento: 14/05/1990, 4ª Turma; REsp86.441/ES, Relator: Ministro José de Jesus Filho, data de julgamento: 07/04/1997, 1ª Turma; REsp 103.584/SP, Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, data de julgamento: 13/08/2001, 4ª Turma.

²⁶¹ STJ, REsp 470675 SP, Relator: Ministro Humberto Martins, data de julgamento: 16/10/2007, data de publicação: 29/10/2007, T2 – Segunda Turma.

repercute na procedência ou improcedência do pedido, não na análise das condições da ação. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁶²

Verifica-se que o acórdão ainda traça um paralelo entre as condições da ação e o mérito, deixando claro que o que os separa é o momento da cognição judicial. Do mesmo modo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) defende a aplicação da teoria da asserção para a definição das condições da ação:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SUBEMPREGADA. TEORIA DA ASSERÇÃO. A titularidade ativa ou passiva de um direito depende da verificação de circunstâncias materiais da relação discutida em Juízo e deve ser resolvida com a demonstração ou não da aptidão da parte para responder pela relação jurídica. Incide, no caso, a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas em abstrato, ou seja, devem ser analisadas com base apenas nas afirmações do autor, constantes da petição inicial, sem a necessidade de produção de provas para tanto. Nesses termos, a legitimidade passiva da reclamada para integrar o polo passivo decorre do fato de ela ter sido apontada como empreiteira principal. Recurso de revista não conhecido. [...]
263

De maneira antagônica, muitos tribunais já extinguiram processos sem resolução do mérito por carência de ação após a dilação probatória, ignorando a barreira da verificação *in status assertionis* – com base nas alegações da petição inicial. Argumenta-se que as condições da ação são matérias de ordem pública, logo, podem ser arguidas e analisadas a qualquer momento.

Este é o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, em 2013, extinguiu um processo sem resolução de mérito em sede recursal por considerar que, após o depoimento pessoal de uma das testemunhas (fase instrutória), restou comprovado que o requerente não seria parte legítima no processo²⁶⁴.

Da mesma forma, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, em 2015, julgou extinto um processo sem resolver o mérito por entender que não haveria interesse de agir da apelante, tendo em vista um documento acostado aos autos que

²⁶² STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1035860 MS 2008/0044919-7, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data de julgamento: 25/11/2014, data de publicação: 02/12/2014, T4-Quarta Turma.

²⁶³ TST, RR 764003020125170004, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 24/09/2014, data de publicação 26/09/2014.

²⁶⁴ TJRS, Recurso Inominado nº 71004556049, Relator: Des. Roberto Behrens Dorf Gomes da Silva, data de julgamento: 16/10/2013, data de publicação: 18/10/2013, 2ª Turma Recursal Cível.

comprovaria que a recorrente já possuía o direito pleiteado²⁶⁵. Ocorre que tal documento foi apresentado somente após o proferimento da sentença em primeiro grau, ou seja, muito tempo depois da apresentação da exordial, de modo que a cognição do magistrado não se deu *in status assertionis*.

É esse o clássico caso denominado pela jurisprudência de “perda superveniente do objeto”. Ora, se é superveniente e após a dilação probatória, não há que se falar em resolução sem julgamento do mérito diante da perda superveniente do objeto. Finda a fase de saneamento e iniciada a instrutória, a teoria da asserção considera que a falta do interesse de agir seria questão de mérito. Mesmo assim, insistem os tribunais em proclamar decisões sem resolução do mérito para casos em que se verifica a ilegitimidade passiva, a falta do interesse de agir ou a impossibilidade jurídica do pedido após a instrução processual. Neste sentido, vejamos alguns trechos de acórdãos dos mais diversos tribunais:

PROCESSUAL CIVIL. MONITÓRIA. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA DÍVIDA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. O interesse de agir surge da necessidade de obter através do processo a tutela e proteção ao interesse substancial (ou primário). Restando ausente o interesse jurídico, também chamado de interesse de agir, que deve estar presente durante todo o curso do processo, não mais terá utilidade a prestação jurisdicional, circunstância que atrai a norma do art. 462, do Digesto Processual Civil. Hipótese em que a parte embargante realizou o pagamento integral da dívida, circunstância que evidencia não mais existir, *in casu*, a referida utilidade-necessidade, eis que diante da situação fática em questão, restou configurada a perda superveniente do interesse de agir, o que enseja a perda de objeto da presente demanda, por ausência de uma das condições da ação. [...] Processo extinto, sem resolução de mérito, por perda superveniente do objeto, restando prejudicado o recurso de apelação.²⁶⁶

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. CONTRATO RESCINDIDO EM AÇÃO AUTÔNOMA. EXTINÇÃO DO FEITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, CPC. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. APELO DO AUTOR PREJUDICADO. 1. Sentença que julgou improcedente a ação de revisão contratual, em que o autor (promitente comprador de imóvel) pretende o afastamento de juros e encargos que entende abusivos. 2. Carência superveniente do interesse de agir. Contrato rescindido em ação autônoma. Questão de ordem pública,

²⁶⁵ TRF-1, AC 0003714-41.2006.4.01.9199, Relatora: Des. Adverci Rates Mendes de Abreu, data de julgamento: 07/10/2015, data de publicação: 21/10/2015, 1ª Turma.

²⁶⁶ TRF-2, 0007731-07.2007.4.02.5110, Relatora: Des. Vera Lúcia Lima, data de julgamento: 11/03/2016, 8ª Turma Especializada.

cognoscível ex officio. 3. Extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC. Apelo do autor prejudicado.²⁶⁷

MANDADO DE SEGURANÇA - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - INTERESSE DE AGIR - AUSENTE - EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 267, INCISO IV, DO CPC - ORDEM DENEGADA. Ausente uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir, em razão da perda superveniente do objeto, extingue-se o processo sem resolução do mérito.²⁶⁸

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CONVERSAO DE AUXILIO-DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - CONDENAÇÃO DO RÉU - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. 1) A ausência de interesse processual, em face do superveniente perecimento do objeto da lide, acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC. [...]²⁶⁹

Esses são apenas alguns dos diversos exemplos que podemos extrair da jurisprudência brasileira que evidenciam a instabilidade decisória no Poder Judiciário e a necessidade de uma uniformização do tratamento dado a esse assunto, prezando-se pela segurança jurídica dos cidadãos. A fim de enfatizar a disparidade de que se fala, colacionam-se entendimentos nos quais alguns dos mesmos tribunais que defendem a perda superveniente do objeto como resolução sem mérito também se apoiam na teoria da asserção para o julgamento das condições da ação, revelando uma postura interna contraditória.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEDAE. TEORIA DA ASSERÇÃO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. A presença das condições da ação, dentre elas a legitimidade das partes, deve ser verificada in statu assertionis (Teoria da Asserção), ou seja, conforme a narrativa feita pelo autor em sua petição inicial. 2. Ao se conferir a prova dos autos para se verificar se, de fato, a parte é legítima ou não, está se adentrando assunto meritório, que apenas pode ser objeto de apreciação por ocasião da sentença. 3. Por se tratar de atividade com potencialidade para causar violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da Constituição Federal), no caso, lançamento de efluentes sem tratamento no Rio Paraíba do Sul, impõe-se a manutenção da decisão que concedeu a tutela de urgência, determinando a cessação da atividade nociva mencionada. Ressalte-se que, em se tratando de discussão acerca da preservação do meio ambiente, não há como se

²⁶⁷ TJSP, AC 0046274-49.2011.8.26.0224, Relator: Des. Alexandre Lazzarini, data de julgamento: 30/06/2015, data de publicação: 01/07/2015, 9ª Câmara de Direito Privado.

²⁶⁸ TJMT, MS: 00719799320108110000 71979/2010, Relatora: Des. Clarice Claudino da Silva, data de julgamento: 03/03/2011, data de publicação: 29/03/2011, 1ª Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado.

²⁶⁹ TJES, AC: 24100307321, Relator: Des. Roberto da Fonseca Araújo, data de julgamento: 24/04/2012, data de publicação: 04/05/2012, 3ª Câmara Cível.

negar prevalência ao interesse público, devendo ser aplicado o princípio da precaução. 4. Agravo conhecido e desprovido.²⁷⁰

EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE E INTERESSE. TEORIA DA ASSERÇÃO. APLICAÇÃO. Sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por carência de ação. Reforma para afastar a carência da ação. Julgamento de improcedência do mérito. 1. Ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir. Teoria da asserção. As condições da ação se analisam com base nas alegações constantes da inicial. Pretensão de extinção de condomínio. Condomínio da autora com as rés. Exercício da posse exclusivamente pelas rés. Legitimidade de partes e interesse de agir configurados. Carência de ação afastada. 2. Condomínio. Julgamento do mérito, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Propriedade originária do Sr. Antonio Spigola. Sr. Alfredo Kierdeika, falecido marido da autora, que era tão somente credor hipotecário do imóvel. Herança jacente de Antonio Spigola adjudicada pela Universidade de São Paulo. Cancelamento da hipoteca em habilitação de crédito. Possível pagamento. Propriedade da Universidade de São Paulo. Condomínio não caracterizado. Direito da autora inexistente. [...] Reformada a sentença para se afastar a extinção do processo sem julgamento do mérito. Julgamento de improcedência, nos termos do artigo 515, § 3º, do CPC, julga-se improcedente o pedido de extinção do condomínio. [...]²⁷¹

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE SONEGADOS. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. INTEMPESTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. EXISTÊNCIA DE PROVAS DA CIÊNCIA DA OCULTAÇÃO DE BENS. RECURSO IMPROVIDO. 1) Não se conhece do recurso de apelação, por prematuro, quando, na pendência de julgamento de aclaratórios, não for posteriormente ratificado. Recurso não conhecido. 2) Em conformidade com a teoria da asserção, as condições da ação são verificadas em abstrato, bastando o exame das assertivas lançadas na inicial para se apurar o interesse e a legitimidade ativa e passiva dos sujeitos do processo. Preliminar rejeitada. 3) O art. 1780 do CC/1916 é claro ao estabelecer que apenas herdeiros podem ser demandados em ação de sonegados, sendo que a mera omissão na colação de bens, ainda que estes estejam em poder de outrem, torna o herdeiro sonegador. 4) Demonstrando as provas coligidas a presença dos requisitos da sonegação, ou seja, a ciência da ocultação dolosa de bens a inventariar pelos herdeiros, devem ser aplicadas as penalidades previstas no Código Civil. Recurso improvido.²⁷²

Vale lembrar que, já em 1977, Barbosa Moreira afirmava que o exame das condições da ação deve ser feito com a abstração das possibilidades com que o julgador se deparará no juízo de mérito, quais sejam: a de proclamar existente ou inexistente a relação jurídica material²⁷³. Em outros termos, o órgão julgador deve

²⁷⁰ TRF-2 - AG: 201002010128257 RJ 2010.02.01.012825-7, Relator: Des. José Antônio Lisboa Neiva, data de julgamento: 07/12/2011, data de publicação: 15/12/2011, 7ª Turma Especializada.

²⁷¹ TJSP - APL 0017454-32.2010.8.26.0005, Relator: Carlos Alberto de Salles, data de julgamento: 20/05/2014, data de publicação: 23/05/2014, 3ª Câmara de Direito Privado.

²⁷² TJES - AC: 12119002371, Relator: José Paulo Calmon Nogueira da Gama, data de julgamento: 24/04/2012, data de publicação: 03/05/2012, 2ª Câmara Cível.

²⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977; p. 200.

considerar a relação jurídica à vista do que se afirmou, deixando para o juízo de mérito a convicção formada com a atividade instrutória.

Por tais motivos, não são raros os julgados que decidem a perda superveniente do objeto como mérito, em congruência com a teoria da asserção. Inclusive, alguns desses são de tribunais que também julgam a perda superveniente do objeto sem resolução de mérito, comprovando, mais uma vez, a disparidade de decisões no Poder Judiciário. Senão, vejamos:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA [...] AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR - TEORIA DA ASSERÇÃO - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS. [...] Nos termos da teoria da asserção, presume-se por hipótese o preenchimento das condições da ação quando do recebimento da inicial pelo magistrado, sendo que posterior discussão sobre o tema confunde-se com próprio mérito da ação, portanto, a esta altura da marcha processual, a declaração da perda superveniente do interesse de agir não é mais matéria aferível como preliminar, mas incluída efetivamente nas razões que conduzirão à formação de um juízo de valor sobre a causa, assim, resultando em sua improcedência, jamais a extinção do processo por carência de ação.²⁷⁴

Responsabilidade civil. Ação cominatória (fazer) c.c. reparação de danos. Discordância da autora, servidora pública estadual, quanto ao conteúdo do contrato de abertura de conta corrente. Esvaziamento do objeto do pedido cominatório, em razão de alteração legislativa. Possibilidade de abertura de conta corrente para recebimento de vencimentos em outras instituições bancárias. Improcedência do pedido, à luz da teoria da asserção. A Resolução nº 3.402/06, alterada pela Resolução nº 3.424/06, ambas do CMN, estabeleceram a possibilidade de o servidor público livremente optar pelo recebimento de seus vencimentos na instituição bancária de sua preferência a partir de 1º de janeiro de 2012 (a chamada portabilidade de salário). Deixou de existir, a partir daquela data, a obrigatoriedade de manutenção de conta corrente no banco réu, e, portanto, houve a perda superveniente do interesse processual em relação ao pedido cominatório, com esvaziamento de seu objeto. Não obstante, o reconhecimento da falta de uma das condições da ação em estágio avançado do processo não implica em sua extinção sem resolução do mérito, mas na improcedência do pedido, à guisa de aplicação da teoria da asserção. [...] Apelação não provida.²⁷⁵

"QUERELA NULLITATIS." AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ATO JUDICIAL. [...] PEDIDO PREJUDICADO PELO DECURSO DO TEMPO. [...] FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INTERESSE-UTILIDADE. PERDA DE OBJETO. TEORIA DA ASSERÇÃO. RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPROCEDÊNCIA. 1. Trata-se de "querela nullitatis" que visa declarar inexistente acórdão o qual julgou as contas do demandante como não prestadas, em vista de que supostamente houve vício na intimação para apresentá-las. 2. Houve perda do objeto no presente caso, pois a falta de quitação eleitoral persiste até o fim do mandato ao qual o

²⁷⁴ TJMS, REEX 0000498-74.2010.8.12.0022, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, data de julgamento: 24/04/2014, data de publicação: Data de Publicação: 28/04/2014, 5ª Câmara Cível.

²⁷⁵ TJSP, APL 9154625-58.2008.8.26.0000, Relator: Des. Sandra Galhardo Esteves, data de julgamento: 20/02/2013, data de publicação: 20/02/2013, 12ª Câmara de Direito Privado.

candidato concorreu, caso haja apresentação da prestação de contas (art. 11, § 7º, da Lei n.º 9.504/97 e art. 39, parágrafo único, da Resolução do TSE n.º 23.217/2010). As contas foram apresentadas - após o trânsito em julgado do acórdão que as considerou não prestadas (ocorrido em 2 de outubro de 2010) - e, desse modo, o demandante recuperou a quitação eleitoral ao término do ano de 2014. 3. Como o objetivo da demanda declaratória seria a recuperação da quitação eleitoral, situação que já ocorreu, há falta de interesse-utilidade da ação. À luz da teoria da asserção, resolve-se no mérito aquilo que, em outros casos, seria caso de extinção sem julgamento meritório. 4. Perda de objeto e consequente ausência de interesse-utilidade. À luz da teoria da asserção, julga-se improcedente a ação de inexistência de ato judicial.²⁷⁶

Por isso, a afirmação de que o interesse processual e a legitimidade das partes são matérias de ordem pública que podem ser analisadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 485, §3º do CPC/15) deve ser interpretada no sentido de que o magistrado pode (e deve) examinar as condições da ação em qualquer fase processual, mesmo após a dilação probatória. Todavia, neste caso, terá que desconsiderar as provas produzidas, restringindo-se ao instrumento processual formado antes da fase instrutória. Isso porque se trata de casos em que teria o julgador percebido que antes da análise das provas já era possível constatar a ausência de algum dos elementos preliminares, mas, por descuido, ele não observara. É como se voltasse no tempo, analisando o processo como ele lá se encontrava.

Sob o mesmo raciocínio, a Corte de Justiça já se manifestou consideráveis vezes, argumentando que não há preclusão em relação às condições da ação, ainda que arguidas em sede recursal, desde que se utilize, para averiguá-las, o afirmado pela parte na petição inicial²⁷⁷. Também já deixou claro que, nos casos em que o magistrado *ad quem* tiver que extrapolar as alegações da petição inicial para analisar as condições da ação, estaremos, em verdade, dentro do mérito processual, circunstância em que ocorre a preclusão da alegação²⁷⁸.

²⁷⁶ TRE-PA, Pet: 13358 PA, Relator: Des. Eva do Amaral Coelho, data de julgamento: 03/03/2015, data de publicação: 12/03/2015.

²⁷⁷ É o caso do seguinte julgado: STJ, REsp 595188 RS 2003/0173535-8, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data do julgamento: 22/11/2011, data de publicação: 29/11/2011, T4-Quarta Turma.

²⁷⁸ Neste sentido, dentre outros: STJ, AgRg no AREsp 10643 RS 2011/0067653-7, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data de julgamento: 02/05/2013, data de publicação: 22/05/2013, T4-Quarta Turma. STJ, REsp 1125128/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 11/09/2012, data de publicação: 18/09/2012, 3ª Turma. STJ, AgRg no REsp 668.552/RJ, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data de julgamento: 02/08/2012, data de publicação: 10/08/2012, 4ª Turma.

5.3 A COISA JULGADA DIANTE DE DECISÃO TERMINATIVA

Depois de defendermos que toda decisão judicial definitiva transitada em julgado faz coisa julgada e torna imutável o conteúdo decisório em processos futuros, independentemente se terminativa ou definitiva, sustentaremos ainda mais este entendimento com base no amparo jurisprudencial sobre o tema. É comum que, ao analisar as condições da ação, os órgãos julgadores falem em coisa julgada *formal*, e, ao mesmo tempo, mencione que a repropositura da ação só é possível se sanado o vício indicado na decisão sem resolução do mérito. Nesse sentido, o STJ e outros tribunais:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COISA JULGADA. EXTINÇÃO DE PROCESSO ANTERIOR SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (CPC, ART. 267, VI). CARÊNCIA DE AÇÃO. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO (CPC, ART. 268). VÍCIOS ANTERIORES SANADOS. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. AFASTAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação (CPC, art. 267, VI), não há coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal - a qual, em regra, inviabiliza somente a discussão da controvérsia no mesmo processo, não em outro. Suprido o vício detectado na demanda anterior, é possível o ajuizamento de nova ação, observado o disposto no art. 268 do CPC. (...)”²⁷⁹

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - ILEGITIMIDADE DOS FIADORES RECONHECIDA EM DEMANDA ANTERIOR - COISA JULGADA FORMAL. - Ainda que o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva não faça coisa julgada material, mas formal, a repropositura da demanda necessita da implementação do vício que gerou a extinção.²⁸⁰

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CONTRA JUIZ SUBSTITUTO. JULGAMENTO DA CAUSA PELO JUIZ TITULAR. NULIDADE INEXISTENTE. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. REPROPOSITURA DA DEMANDA. VÍCIOS NÃO SANADOS. COISA JULGADA FORMAL. ÓBICE NÃO SUPERADO. SENTENÇA MANTIDA. [...] II. A parte que é considerada carecedora de ação por sentença transitada em julgado não pode renovar a demanda sem a superação da falha ou do impedimento detectado. III. A renovação da demanda, tal como autorizada pelo artigo 268 do Código de Processo Civil, pressupõe a eliminação da deficiência processual solucionada em caráter definitivo por sentença transitada em julgado. IV. Recurso conhecido e desprovido.²⁸¹

²⁷⁹ STJ, REsp 1215189/RJ, Relator: Ministro Raul Araújo, data de julgamento: 02/12/2010, data de publicação: 01/02/2011, 4ª Turma.

²⁸⁰ TJMG, AC: 10024097375539001 MG, Relator: Des. Domingos Coelho, data de julgamento: 11/09/2013, data de publicação: 20/09/2013, 12ª Câmara Cível.

²⁸¹ TJDF, AC: 20150111221533, Relator: Des. James Eduardo Oliveira, data de julgamento: 02/03/2016, data de publicação: 15/04/2016, 4ª Turma Cível.

Se a demanda não pode ser manejada novamente sem a superação do vício detectado – e é isso que o art. 486, §1º do CPC/15 nos leva a crer – a coisa julgada em decisões sem resolução de mérito por falta de alguma das condições da ação acaba por projetar efeitos para além do processo em que formada. Por isso, deve-se ter cautela no uso da expressão *coisa julgada formal*, para não remeter à noção restritiva de efeitos internos da decisão que transita em julgado. Afinal, assim como na decisão que decide o mérito, impede-se a rediscussão da mesma matéria em um novo processo nos exatos moldes daquele extinto terminativamente.

Por entender a coisa julgada formal como aquela que possui efeitos estritamente endoprocessuais, o próprio STJ, no REsp 1.148.581/RS, já se manifestou afirmando que ação extinta sem resolução de mérito não deve criar impedimento à propositura de nova ação idêntica àquela. No caso concreto, o recorrente teria manejado uma primeira ação que fora extinta sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva. Posteriormente, manejou uma nova ação, igual àquela, de forma que o magistrado *a quo* extinguiu sem resolução de mérito por considerar haver coisa julgada em relação à ilegitimidade passiva das rés. Em Recurso Especial, insurgiu-se o recorrente contra este último *decisum* de primeiro grau, momento em que o STJ pontuou que “a extinção do processo sem julgamento de mérito por falta de legitimidade *ad causam* não produz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, a qual não impede a discussão da matéria em processo diverso.”²⁸².

Sem dúvidas, esta decisão da Corte é a mais coerente caso pretenda-se manter o entendimento de que a sentença sem resolução de mérito faz coisa julgada formal quando aos efeitos do conteúdo decisório, restrito ao interior do processo. Entretanto, considerando o direito positivo atual e, especificamente, a diretriz exposta no art. 486, §1º do CPC/15, a propositura de nova ação requererá a correção do vício que levou à sentença terminativa. Dessa forma, não mais se sustenta a construção do STJ acima. Em contrapartida, ela confirma o nosso

²⁸² STJ, REsp: 1148581 RS 2009/0132622-9, Relator: Ministro Sidnei Beneti, data de julgamento: 24/09/2013, data de publicação: 27/09/2013, 3ª Turma.

entendimento de que haverá coisa julgada com efeitos extraprocessuais diante de decisão que ateste a ausência de interesse ou legitimidade *in status assertionis*.²⁸³

5.4 A ILEGITIMIDADE PARA A CAUSA E O INTERESSE DE AGIR APÓS O CPC/15

Embora recente o CPC vigente, já é possível constatar interessantes alterações na abordagem das condições da ação dentro do Judiciário, buscando adaptar-se ao novo texto legal.

Sobre o tema em voga, a primeira grande mudança do CPC/15 em comparação ao CPC/73 foi eliminar a expressão *condições da ação* ou *carência de ação* de seu texto. Mesmo assim, não são poucas as situações em que o Poder Judiciário insiste em tratar o interesse de agir e a legitimidade para a causa como elementos da categoria *condições da ação*. A título ilustrativo, tem-se:

II. As matérias de ordem pública, dentre as quais se destacam os pressupostos processuais e as condições da ação, podem ser analisadas, de ofício, pelo órgão julgador em qualquer grau de jurisdição, como preceitua o art. 485, § 3º, CPC/15. [...] VI. Embargos de Declaração, em parte, acolhidos para, atribuindo-lhe efeito modificativo e reconhecendo matéria de ordem pública, conhecer e dar provimento à apelação e ao recurso oficial interpostos, julgando extinto o feito sem resolução de mérito por ausência de pressuposto processual, com fulcro no art. 485, IV, CPC/15, em relação à embargante Leonice Ferreira da Silva, e julgando extinto sem resolução de mérito, por carência superveniente de condição da ação na forma do art. 485, VI, CPC/15, o feito em relação à embargada Enedina Fernandes Chaves, mantendo, no entanto, a condenação do embargante no pagamento dos honorários de sucumbência na forma estabelecida em sentença.²⁸⁴

[...] A legitimidade é um atributo jurídico conferido à alguém para discutir certa situação jurídica litigiosa, sendo uma das condições da ação, ou seja, requisito essencial para o regular trâmite processual e julgamento do mérito. Diz-se que alguém possui legitimidade para postular em juízo quando há relação entre a referida pessoa e o que será discutido no processo. Portanto, a legitimidade é verificada a partir daquilo que é concretamente discutido nos autos. A ilegitimidade da parte pode (e deve) ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se sujeitando à preclusão processual, devendo o Magistrado indeferir a petição inicial (art. 330, incisos I e II, CPC/15), com a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VI, CPC/15), em razão do reconhecimento

²⁸³ Nesse sentido, já entendeu o TRT da 15ª Região: Embora as decisões terminativas decorrentes do reconhecimento da carência de ação não perfaçam a coisa julgada material, os efeitos da coisa julgada formal projetam-se para as demais ações intentadas, que só poderão ser novamente ajuizadas se corrigidas forem as falhas processuais pronunciadas da decisão anterior.” (TRT-15, RO: 15122 SP 015122/2011, Relatora: Des. Mariane Khayat, Data de Publicação: 25/03/2011)

²⁸⁴ TJAM, APL: 0001733-62.2013.8.04.0000, Relatora: Des. Nélia Caminha Jorge, data de julgamento: 15/08/2016, data de publicação: 15/08/2016, Terceira Câmara Cível.

da ilegitimidade da parte ou da ausência de interesse processual (art. 330, incisos I e II, CPC/15). No presente caso, é cristalino que o apelante não possui legitimidade para requerer o cumprimento de sentença em nome próprio. [...] Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.²⁸⁵

Condições da ação. Análise de ofício. As condições da ação, de acordo com o artigo 485, VI, § 3º, do Código de Processo Civil, podem ser reconhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, configurando-se como requisitos de admissibilidade ao exame do mérito. Ilegitimidade Passiva. Configurada. O demandado não é legitimado passivamente para a obrigação de fazer postulada pelos autores, pois não fez parte do contrato objeto da ação. A relação jurídica foi entabulada com terceiro, o qual não integrou à lide.²⁸⁶

Nota-se que algumas das decisões supra chegam a afirmar expressamente que as condições da ação, nos moldes do CPC atual, seriam requisitos de admissibilidade do mérito. Eis uma ponderação perigosa, primeiramente porque a expressão *condições da ação*, como vimos, carrega uma plurivocidade considerável, devendo ser evitada. Em segundo lugar, o interesse e a legitimidade só serão requisitos de admissibilidade do mérito caso examinados pelo julgador antes da fase instrutória. Algumas decisões dirimem esse segundo erro, aplicando a teoria da asserção, todavia, continuam fazendo referência a *condições da ação* e *carência de ação*. Vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA C/C CANCELAMENTO DE REGISTROS – PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E SENTENÇA EXTRA PETITA QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO – [...] EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – SENTENÇA PROFERIDA NA FASE POSTULATÓRIA – TEORIA DA ASSERÇÃO AFASTADA [...] – RECURSO DESPROVIDO. [...] Não há ofensa à Teoria da Asserção quando o proferimento da sentença terminativa de carência da ação por ausência de legitimidade ativa, sem julgamento do mérito (art. 485, VI, CPC/15), é proferida ainda na fase postulatória, antes da abertura da fase instrutória ou probatória. [...]²⁸⁷

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TETOS. TEORIA DA ASSERÇÃO. 1. Hipótese em que a falta de possível mudança na renda mensal inicial foi considerada pelo juiz como ausência de interesse de agir para a causa, autorizando o encerramento do processo sem exame de mérito (art. 485, VI, CPC/15). 2. Ocorre que tanto o interesse como a legitimidade (condições da ação) devem ser aferidos à luz do pedido e da causa de pedir deduzidos na inicial. Adota-se no ordenamento jurídico

²⁸⁵ TJDF, 0024405-24.2006.8.07.0001, Relator: Des. Robson Barbosa de Azevedo, data de julgamento: 07/06/2017, data de publicação: 26/06/2017, 5ª Turma Cível.

²⁸⁶ TJRS, AC: 70075396176 RS, Relator: Des. Giovanni Conti, data de julgamento: 23/11/2017, data de publicação: 06/12/2017, 17ª Câmara Cível.

²⁸⁷ TJMT, APL: 00004377720138110107 18199/2017, Relator: Des. Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva, data de julgamento: 21/06/2017, data de publicação: 07/07/2017, 3ª Câmara de Direito Privado.

vigente a chamada "teoria da asserção", amplamente aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. [...] ²⁸⁸

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. [...] PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. ACOLHIMENTO. [...] 1. A legitimidade ativa ad causam deve ser aferida com base na teoria da asserção, segundo a qual o magistrado, ao analisar as condições da ação, o faz com base nas alegações contidas na petição inicial, sendo desnecessária a apreciação do direito material postulado em juízo, mas apenas da pertinência entre o que foi afirmado e as provas constantes dos autos. 2. A ausência de comprovação de vínculo jurídico entre a apelante com a pessoa jurídica titular do objeto da demanda atrai sua ilegitimidade ativa com base no art. 485, VI, do CPC, já que ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei. ²⁸⁹

APELAÇÃO CÍVEL. [...] AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. MÉRITO DO PEDIDO. CAUSA QUE NÃO SE ENCONTRA MADURA PARA JULGAMENTO. R ECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] 2. Com espeque no princípio da inafastabilidade da jurisdição, a ausência de requerimento administrativo não constitui empecilho para se ajuizar a ação correspondente, não havendo, pois, que se falar em falta de interesse de agir na hipótese em testilha. A presença das condições da ação, dentre as quais o interesse de agir (em que enquadrada a pretensão resistida), deve ser apreciada não com aprofundamento na matéria de mérito e probatória, mas, simplesmente, à luz da narrativa feita na inicial, de acordo com a teoria da asserção, acolhida, no ordenamento brasileiro, em detrimento da teoria concretista da ação. 3. Não estando a causa madura para seu desfecho, descabida a submissão do feito a imediato julgamento, com fulcro no art. 1.013, § 3.º, do CPC/15. 4. Apelação conhecida e provida. ²⁹⁰

O ideal, em nosso sistema jurídico vigente, é não mais mencionar *condições da ação*, tratando os fenômenos do interesse e da legitimidade como autônomos ou, no máximo, como requisitos de admissibilidade do mérito sob a ótica da teoria da asserção. Felizmente, é o que alguns (poucos) julgadores têm optado em fazer ²⁹¹.

²⁸⁸ TRF-4 - AC: 5001309-39.2013.404.7122, Relator: Des. João Batista Pinto Silveira, data de julgamento: 19/10/2016, 6ª Turma.

²⁸⁹ TJDF, 0043424-13.2016.8.07.0018, Relator: Des. Diaulas Costa Ribeiro, data de julgamento: 05/10/2017, data de publicação: 13/10/2017, 8ª Turma Cível.

²⁹⁰ TRF-2, AC: 0092625-71.2016.4.02.5118, Relator: Des. Guilherme Calmon Nogueira Da Gama, data de julgamento: 17/03/2017, 6ª Turma Especializada.

²⁹¹ Cita-se, como exemplo, trecho do seguinte acórdão do TST: "[...] A legitimidade para a causa, segundo a teoria da asserção adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é aferida conforme as afirmações feitas pelo reclamante na inicial. Assim, estando evidenciada a legitimidade passiva ad causam do sexto reclamado, está ileso o artigo 485, VI, do CPC/15. Os arts. 22, XXVII, e 37, XXI, da CF e 66 e 71 da Lei 8.666/93 também estão incólumes, pois não tratam de legitimidade. [...]". (TST, RR: 7187220155120014, Relatora: Des. Dora Maria da Costa, data de julgamento: 03/05/2017, data de publicação: 05/05/2017, 8ª Turma). Igualmente, já se manifestou o TRT da 22ª Região: "[...] O art. 17 do CPC/2015 (Lei nº 13.105) estabelece que 'para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade'. A legitimidade para a causa indica a necessidade de que os sujeitos da demanda estejam autorizados a participar do processo em que se discuta a relação jurídica de direito material deduzida. A aferição da legitimidade deve ocorrer à luz das afirmações contidas na postulação inicial, bastando verificar a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria questão de mérito. No caso, afirmando o autor que se submeteu a concurso público de responsabilidade da instituição organizadora para o cargo de eletricitista da CEPISA, essa circunstância é suficiente à configuração da legitimidade passiva ad

Uma segunda mudança efetuada no atual diploma processual é a eliminação da *possibilidade jurídica do pedido* de seu texto. Ainda assim, há decisões que tratam a possibilidade jurídica do pedido como se fosse instituto autônomo.²⁹² Por outro lado, a modificação do texto processual já fez com que alguns tribunais considerem tal fenômeno como questão de mérito. É o caso do TJMG, que já aduziu: “[...] a possibilidade jurídica do pedido, pela nova regra processual, passou a ser questão de mérito, cabendo ao magistrado, diante da sua constatação, julgar improcedente o pedido, com resolução de mérito [...]”.²⁹³

Em contrapartida, o TJSP, acertadamente, já entendeu que a possibilidade jurídica do pedido estaria, em verdade, abarcada pelo interesse de agir²⁹⁴. Dissonâncias como esta evidenciam que a possibilidade jurídica do pedido, assim como o interesse e a legitimidade, são institutos cuja essência remete à relação jurídica material, sendo, pois, questões de mérito. Todavia, o erro do TJMG está em considerar a possibilidade jurídica do pedido como fenômeno independente do interesse de agir, o que não deve prevalecer. Dessa forma, estando dentro do interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido será analisada também *in status assertionis*.

causam. Preliminar rejeitada. [...]” (TRT-22, RO: 19256020155220004, Relator: Des. Arnaldo Boson Paes, data de julgamento: 01/08/2016, data de publicação: 17/08/2016, Tribunal Pleno).

²⁹² STJ, REsp 1314946/SP, Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 09/08/2016, DJe 09/09/2016, Quarta Turma.

²⁹³ TJMG, AC: 10352160047432001, Relator: Des. Renato Dresch, data de julgamento: 19/10/2017, data de publicação: 24/10/2017, 4ª Câmara Cível.

²⁹⁴ TJSP, 1014351-51.2016.8.26.0405, Relator: Des. Eduardo Siqueira, data de julgamento: 09/01/2018, data de publicação: 09/01/2018, 38ª Câmara de Direito Privado.

CONCLUSÃO

Para obtermos um estudo completo de em que consistem as condições da ação e o enquadramento jurídico do interesse de agir e legitimidade *ad causam*, foi crucial estudar e definir o termo polissêmico *ação*.

Com base numa análise crítica das teorias da ação, foi possível verificar que as diversas correntes não são de todo incompatíveis entre si: o problema está na imprecisão da linguagem utilizada pelo cientista e pelo próprio criador do direito, além do fato de que o termo é um conceito lógico-jurídico, mutável no espaço e no tempo.

Assim, a ação, como alguns levam a crer, não se confunde com processo ou com mérito, podendo ser destrinchada em duas modalidades: (i) a ação-norma abstrata e geral, uma faculdade garantida constitucionalmente (art. 5º, XXXV), que pode ser exercida ou não pelo sujeito-de-direitos, sendo pré-existente à própria violação do direito material; e (ii) a ação-norma concreta e individual, que é o exercício do direito abstrato de ação, consistindo em um dos elementos do processo, cuja contrapartida é o dever de jurisdição do Estado-juiz.

Traçando cada uma das noções de ação e distinguindo-as, foi possível entender que (i) a ação-norma abstrata e geral é um direito subjetivo abstrato e incondicionado inerente a qualquer cidadão (direito de agir); (ii) a ação-norma concreta e individual consiste no exercício do direito abstrato de ação pelo sujeito-de-direitos; (iii) ação e jurisdição revelam-se como direito e dever correlatos que surgem diante da provocação pelo sujeito-de-direitos ao Estado-juiz, numa busca à tutela jurisdicional; (iv) a enunciação da norma secundária concreta e individual é efetuada pelo sujeito ativo, por meio da petição inicial. Logo, se há que se falar em alguma condição da ação para a ação-norma concreta e individual, esta é – e sempre foi – a petição inicial devidamente protocolada, verdadeiro fato jurídico processual que permite o exercício do direito de ação, por meio da manifestação da vontade do indivíduo.

Nesse viés, foi possível aferir que ao contrário do que o diploma processual civil de 1973 levava a entender, a falta de interesse de agir, de legitimidade *ad causam* e/ou de possibilidade jurídica do pedido não seriam propriamente *condições da ação*, pois

mesmo que ausentes tais elementos, a jurisdição atuou e a ação fora exercida.

É por isso que merece aplausos o novo Código de Processo Civil ao eliminar a inapropriada expressão *condições da ação* de seu texto. Todavia, a redação atual ainda não é a mais precisa: para postular em juízo é necessário tão somente protocolar a petição inicial; o direito de ação é exercido independentemente da presença de interesse de agir ou legitimidade *ad causam*.

Vimos que a possibilidade jurídica do pedido, não mais mencionada expressamente pelo CPC/15, além de possuir uma nomenclatura inadequada, está inserida no próprio interesse de agir, uma vez que só há interesse quando o pedido for lícito ou não vedado pelo ordenamento.

Já o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* remetem ao direito material, destarte, não figuram como condições para a existência da ação e tampouco como pressupostos processuais: consistem em questões de mérito.

A decisão de mérito, como se ponderou, é a que verifica a ocorrência das relações jurídicas materiais afirmadas pelas partes e as situações jurídicas que delas decorrem (estando aí englobado o pedido). O mérito, então, é gênero de duas espécies indissociáveis: o mérito-relação jurídica material e o mérito-pedido que, juntas, estabelecem a moldura para a atuação jurisdicional. Logo, a decisão que nega a pretensão do autor por ausência de interesse de agir ou de legitimidade *ad causam* é uma decisão de mérito (da espécie mérito-relação jurídica material).

Apesar das evidências, o legislador do novo CPC, em patente atecnia, parece ter alocado, ficticiamente, tais institutos na categoria dos requisitos de admissibilidade do mérito, motivo pelo qual adotou-se a teoria da asserção para diferenciá-los do mérito. Consoante tal teoria, o que distingue o interesse e a legitimidade do mérito é o grau de cognição exercido pelo órgão julgador ou o próprio momento da decisão: se antes da instrução probatória, tratam-se de requisitos de admissibilidade para o exame do mérito; se após, está-se diante de mérito. Esta teoria pode ser utilizada atualmente, porém o ideal seria que o nosso ordenamento tratasse a legitimidade e o interesse como mérito, de modo que a decisão que os examinasse julgasse o

mérito.

Ressaltamos que, transitada em julgado, a decisão que extingue a ação-norma concreta e individual por ausência de interesse ou de legitimidade é uma decisão de que faz coisa julgada cuja consequência é a mesma da decisão de mérito: a imutabilidade e indiscutibilidade de seu conteúdo em processos futuros. Afinal, o sujeito ativo, para propor nova demanda com possibilidade de apreciação meritória, deve suprir o vício, isto é, manejar ação-norma concreta e individual diversa daquela acobertada pela coisa julgada, alterando-se um dos elementos daquela previamente julgada e dando origem a uma nova relação jurídica processual.

Todavia, embora os efeitos sejam os mesmos, para manter a linguagem legislativa e, assim, permanecer como descritores do objeto de estudos, ousamos classificar o gênero coisa julgada em duas espécies. Para tanto, utiliza-se como critério a simples natureza da decisão proferida: se for de mérito, haverá a *coisa julgada material* como prevê a lei processual; se for sem resolução de mérito, tem-se a *coisa julgada sobre os requisitos de admissibilidade do mérito*.

Por fim, no último capítulo, deparamo-nos com as disparidades na jurisprudência brasileira quando o assunto é condições da ação, principalmente quanto: à definição da natureza jurídica da possibilidade jurídica do pedido, ao momento de apreciação, à aplicação ou não da teoria da asserção, à coisa julgada diante de decisão terminativa, à nova roupagem trazida pelo CPC/15 sobre o assunto.

Concluo o presente estudo repassando a reflexão de que, muito embora vários autores insistam em exaltar o rumo dado ao processo pelo novo CPC e as mudanças por ele trazidas, vale atentar para uma análise crítica e linguística mais apurada do texto legal, que ainda se mostra deficiente em alguns pontos e com consideráveis vícios de linguagem. Sem desmerecer a intenção do novo diploma processual, é preciso admitir que ainda há muito que trilhar para que se alcance um processo civil satisfatório e congruente linguisticamente, que proporcione, com isso, decisões uniformes e o restabelecimento da credibilidade no Poder Judiciário pelos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 1998.

_____; _____. Sobre el concepto de orden jurídico. In: *Análisis lógico y derecho*, nº 24, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

_____; _____. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2010.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista de Processo*, ano 31, v. 137, São Paulo: RT, jul. 2006.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Revista dos Tribunais*, RT, vol 416/9, junho de 1970.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s/ed]. 1968.

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo, RT: 2009.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. In: *Justitia*, São Paulo, nº 53, 1991.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BUZAID, Alfredo. Do Despacho Saneador. In: *Estudos de Direito*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Coleção: Obras de J. J. Calmon de Passos – Clássicos. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. In: *Revista de Processo*, vol. 197. São Paulo: RT, julho 2011; p. 261-269.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo proceso civile italiano*. Roma: Foro Italiano, vol I, 1951.

_____. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 1960. Vol. 35. nº 4; p. 539-550.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, vol. I, 1936.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. Algo sobre o constructivismo lógico-semântico. In: *Constructivismo lógico-semântico*. Coord.: CARVALHO, Paulo de Barros. Org.: CARVALHO, Aurora Tomazini de. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2011. Disponível em: < [www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho\(2\).pdf](http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho(2).pdf)>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

_____. *Curso de direito tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*. Napoli (Itália): Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942.

COLUCCI, Maria da Glória; ALMEIDA, José Maurício Pinto. *Lições de teoria geral do processo*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 1996.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. Bolonha: Il Mulino, 4ª ed., 2006.

CONRADO, Paulo César. *Processo tributário*. 3ª ed. atual. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

COSSIO, Carlos. *La teoria egológica del derecho*. 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA, Susana Henriques da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. In: *Revista de Processo*, vol. 163/2008, set/2008 p. 359-375.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, agosto 2011, v. 198, p. 227-235.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. 18ª ed. Salvador; JusPodivm, 2016.

_____. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. In: *Revista de Processo*, vol. 110/2003, abr/jun 2003, p. 225-251.

_____. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo, Saraiva: 2005.

_____. “Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*, vol. 197. São Paulo: RT, 2011; p. 255-260.

_____. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. II. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1986.

_____. *Instituições de direito processual Civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: *Revista de Processo*, nº 58. São Paulo: RT, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. São Paulo: Ática, 1996.

GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, vol. I, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. São Paulo: Bushatsky, 1997; p. 26 e 27.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Ricardo V.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993

GUÍLLEN, Victor Fairén. *Estudios de derecho procesal*. Madrid, 1955.

HELLMAN, Hal. *Grandes debates da ciência: dez das maiores contendas de todos os tempos*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 1998.

HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Alianza: Madrid, 1984.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mouro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. 2ª ed. Trad. de Márcio Suzuki. Aparecida (SP): Ideias & Letras, 2006.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: Produção e controle*. São Paulo, Noeses, 2006.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. Trad. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. 24ª ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Uma análise pragmática do conceito de ação no direito processual civil contemporâneo. In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonardo Ziesemer; DELFINO, Lúcio; *et al.* (Coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERBRAT-ORECHIONI, Catherine. *La enunciación: de la subjetividad en el lenguaje*. 3ª ed. Versión castellana de Gladys Anfora y Emma Gregores. Buenos Aires: Edicial, 1997.

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *Revista de Processo*. Vol 173, 2009; p. 95 a 128.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. DINAMARCO, Cândido Rangel (trad.), Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I. 2ª ed. Varese (Itália): Milano Dott. A. Giuffrè Editora, 1968.

_____. O despacho saneador e o julgamento de mérito. *Revista Forense*, 104/224-225. In: MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação, a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

_____. *Processo de execução*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Vol. X, nº 3, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo I, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.

MONTESANO, Luigi. Questioni preliminari e sentenze parziali di merito. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, n. 1, 1969; p. 579-600.

LOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. *Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada*. Consultor Jurídico. 6 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em: 7 de janeiro de 2018.

_____. *O mérito no processo civil contencioso: uma unidade de opostos*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____; SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. As condições da ação no processo tributário: uma análise do “interesse de agir” a partir da repetição de indébito. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coord.) *Novo CPC e o processo tributário: impactos da nova lei processual*. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo, Acadêmica, 1984.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. A legitimidade processual no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). *Novo CPC doutrina selecionada*. Vol. 1. Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2016.

PRIA, Rodrigo Dalla. *Teoria geral do processo tributário*. Dissertação de Mestrado em Direito Tributário. Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.

SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 29ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SENRA, Alexandre. *A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. As condições da ação e o projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista Derecho y Cambio Social*. Num. 35. Ano XI. 2014. Lima, Peru.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: José Bushatsky, 1962.

TEUBENER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1998.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.